

**OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO
INHERENTES A LA GARANTÍA EUROPEA DEL
DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD
PERSONAL^(*)**

JAVIER BARCELONA LLOP

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.— II. EL DEBER ESTATAL DE REALIZAR UNA INVESTIGACIÓN EFICAZ: 1. Ideas generales. 2. La formulación jurisprudencial del deber estatal de realizar una investigación eficaz. Convergencia entre el Tribunal de Estrasburgo y otras instancias internacionales de protección de los derechos humanos. 3. Implicaciones del deber estatal de realizar una investigación eficaz. 4. Relaciones entre el deber estatal de realizar una investigación eficaz y el derecho a un recurso efectivo.— III. SANCIONES PENALES.— IV. EL DEBER ESTATAL DE PROTEGER LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS PERSONAS FRENTE A LAS CONDUCTAS DE TERCEROS. EFICACIA HORIZONTAL DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL CONVENIO.— V. SENTENCIAS Y DECISIONES CITADAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

RESUMEN. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha deducido del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fun-

(*) El presente trabajo es una versión retocada del epígrafe V del capítulo primero de la monografía *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, de próxima publicación por Thomson-Civitas. Dicho capítulo versa sobre los *elementos comunes* a los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre los que se encuentran determinadas obligaciones positivas. Dado el contexto al que pertenecen, estas páginas se limitan a las que en efecto son comunes a los artículos 2 y 3, pues hay alguna otra únicamente referible al primero de ellos, que en la mencionada monografía se estudia en un lugar distinto. Por lo mismo, versan sobre las obligaciones positivas relacionadas de alguna forma con la acción u omisión de las fuerzas del orden. Quizá el lector se sorprenda al comprobar que se vierten afirmaciones de cierto calado y se hacen alusiones a temas importantes sin soporte bibliográfico o jurisprudencial; ello se debe a que éste figura en otras partes de la obra y no me ha parecido oportuno abrumar el texto incluyendo las referencias pertinentes, máxime cuando he aligerado la redacción inicial con el propósito de no sobrecargar las páginas de este número de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* y sólo he añadido algún comentario sucinto que contribuya a la mejor comprensión de un escrito que, al fin y al cabo, forma parte de una obra más amplia. Agradezco a Fernando López Ramón las facilidades dispensadas para esta nueva comparecencia mía en las páginas de una Revista a la que por varias razones tengo por muy cercana.

damentales obligaciones positivas cuya función es contribuir a la mayor efectividad de los derechos garantizados por el Tratado. Tales obligaciones derivan del artículo 1 del Convenio y, en relación con los artículos 2 y 3 del mismo (derecho a la vida, prohibición de la tortura y de otros tratos o penas inhumanos o degradantes), son tres: llevar a cabo una investigación eficaz cada vez que alguien alega una violación de aquellos derechos, tipificar como delito las agresiones a los mismos y proteger la vida y la integridad personal de los individuos amenazados por los comportamientos criminales de un tercero.

Palabras clave: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; obligaciones positivas.

ABSTRACT: The European Court of Human Rights has deduced from the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms positive obligations which function is to contribute to the effectiveness of the human rights protected by the Treaty. The above positive obligations flow from the article 1 of the Convention and, relative to the articles 2 and 3 (right to life, prohibition of torture and others inhuman or degrading treatments or punishments), are three: to carry out an effective official investigation when someone complains of a violation of these rights, to define as a crime the offenses and to protect the life and the personal safety of the individuals threatened from the criminal acts of a third party.

Key words: European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; right to life; prohibition of tortures and others inhuman or degrading treatments; positive obligations.

I. PLANTEAMIENTO

El artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio, el Tratado o CEDH) prescribe que «[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio». El Tribunal de Estrasburgo ha deducido de este precepto obligaciones positivas que reputa inherentes a los derechos garantizados por el Tratado y que son necesarias para la plena efectividad de los mismos.

La doctrina de las obligaciones positivas forma parte del acervo jurisprudencial de Estrasburgo al menos desde las postrimerías de la década de los años setenta del siglo XX; su campo de aplicación es muy amplio y se apoya teóricamente en la idea, que el Tribunal reitera con profusión, de que el Convenio tiene por finalidad proteger derechos que son reales y efectivos

y no teóricos o ilusorios. Se trata, en suma, de una construcción pretoriana cuyo propósito es extraer del Tratado las máximas potencialidades en orden a la garantía de los derechos que reconoce (1).

En este contexto, y habida cuenta de la tan frecuentemente proclamada consideración de los artículos 2 y 3 como portadores de valores fundamentales en las sociedades democráticas (2), no puede extrañar que el Tribunal haya afirmado que el compromiso contraído por los Estados de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos humanos que dichos preceptos garantizan, no sólo implica que han de abstenerse de agredirlos activamente sino que conlleva igualmente determinados deberes de hacer (3). Ello significa que la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio puede provenir tanto de comportamientos que atentan directamente contra los derechos que protegen (práctica de torturas y de malos tratos, asesinatos y ejecuciones extrajudiciales, etc.), como de desfallecimientos situados en el plano de las obligaciones positivas que constituyen omisiones reprochables.

El Tribunal se adentra ya en este territorio en la primera ocasión que se le presenta de analizar una demanda relacionada con el artículo 3 del Convenio; esto es, en la Sentencia *Irlanda contra Reino Unido* (1978). Es cierto que se pronuncia sobre el particular con cierto laconismo, pero ello se debe

(1) Véase, con carácter general, J.-F. AKANDJI-KOMBE: *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2006; D. SPIELMANN: «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. SUDRE (Dir.): *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, 133 ss.; J. A. CARRILLO SALCEDO: «Article 1», en L. PETTIT, E. DECAUX y P. IMBERT (Dir.): *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1999 (2.ª ed.), 138; F. SUDRE *et al.*: *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, París, PUF, 2003, 17 ss.; F. SUDRE: *La Convention européenne des droits de l'homme*, París, PUF, 2005 (reimpresión de la 6.ª ed.), 31-33; F. SUDRE: *Droit européen et international des droits de l'homme*, París, PUF, 2006 (8.ª ed.), 237 ss. En nuestra lengua, J. A. CARRILLO SALCEDO: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, 99 ss.; P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: «El alcance de las obligaciones (Art. 1 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coord.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPyC, 2005, 51 ss. Con particular amplitud e información, toda la segunda parte de G. DOMÉNECH PASCUAL: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Madrid, CEPyC, 2006.

(2) Recuerdo que el artículo 2 garantiza el derecho a la vida y enumera las hipótesis en las que la muerte no se considera infligida con infracción del Convenio; prevé además la aplicación de la pena capital aunque, a decir verdad, esta hipótesis carece ya de interés jurídico, al menos en tiempo de paz. El artículo 3 prohíbe, terminantemente y sin excepciones, la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

(3) Se ha llegado a decir que los derechos a la vida y a la integridad personal constituyen, junto con el derecho a la vida privada y familiar, un privilegiado terreno para el desarrollo de las obligaciones positivas; así, AKANDJI-KOMBE: *Les obligations*, cit. 21.

seguramente a que, a la sazón, la teoría de las *obligaciones positivas* no estaba todavía completamente elaborada en su jurisprudencia (4).

En síntesis, la aproximación del Tribunal es la siguiente. En primer lugar, señala que el Convenio no se limita a obligar a las autoridades supremas de los Estados contratantes a que respeten los derechos y libertades que consagra, sino que implica también que, para garantizar el disfrute de aquellos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores (5). En segundo lugar, y acto seguido, el Tribunal se plantea si el Reino Unido ha vulnerado varios preceptos del Convenio por no disponer de una legislación que prohíba expresamente las agresiones a los derechos que reconocen; aunque la respuesta es negativa, la cuestión apunta a un tema del máximo interés que la jurisprudencia posterior desarrollará, cual es el de la necesidad de que los Estados partes se doten de normas jurídicas capaces de suministrar una protección adecuada a los derechos garantizados por el Convenio. En ambos argumentos late, todo lo débilmente que se quiera pero late, la idea de que no basta con que los poderes públicos se limiten a no vulnerar activamente los derechos humanos, sino que la garantía internacional de los mismos puede exigir que aquellos adopten medidas y comportamientos positivos sin cuya concomitancia la protección dispensada a los derechos es insuficiente.

A partir de ahí, y en un proceso paralelo a la propia consolidación general de la doctrina de las obligaciones positivas, el Tribunal ha ido estableciendo la existencia de varias que derivan de los artículos 2 y 3 del Convenio y formado un *corpus* jurisprudencial que podemos tener por consolidado. Dichas obligaciones son tres: el deber de realizar una investigación eficaz

(4) No se trata de extender el acta de nacimiento de la doctrina de Estrasburgo acerca de las obligaciones positivas, pero cabe mencionar que son probablemente las Sentencias *Marckx contra Bélgica* y *Airey contra Irlanda*, ambas de 1979 y posteriores por lo tanto a la citada en el texto, las primeras que la formulan con suficiente grado de precisión y claridad. Las dos se refieren al artículo 8 y señalan que aunque el objeto fundamental del mismo es la defensa de la privacidad frente a las ingerencias arbitrarias de los poderes públicos, implica también para éstos deberes positivos relacionados con la protección efectiva de la vida privada y familiar.

(5) § 239. El Tribunal tiene en cuenta la versión inglesa del artículo 1 del Convenio («[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention»), que desde luego parece más terminante (*shall secure*) que la versión francesa («[l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne») o la española (*reconocen*). En cualquier caso, el texto europeo es menos explícito que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al que los Estados se comprometen a *respetar y a garantizar* a todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción los derechos que aquel reconoce; en términos muy similares se pronuncia el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Acerca de este precepto y su interpretación jurisprudencial, J. C. REMOTTI CARBONELL: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, 41 ss.

cada vez que alguien aduce vulneración de los derechos garantizados por aquellos preceptos, el deber de tipificar sanciones penales y de aplicarlas diligentemente a los autores de las violaciones, y el deber de proteger la vida y la integridad personal de los individuos amenazados por terceros. Con independencia de que las sentencias que se van a citar versen sobre el artículo 2, sobre el artículo 3, o sobre los dos, los argumentos principales son siempre referibles a uno y otro y prácticamente intercambiables (6).

II. EL DEBER ESTATAL DE REALIZAR UNA INVESTIGACIÓN EFICAZ

1. Ideas generales

El Tribunal ha establecido que los artículos 2 y 3 del Convenio reclaman que los Estados investiguen eficazmente los actos que puedan ser constitutivos de infracciones a los mismos una vez que, de una forma u otra, han tenido conocimiento de una queja relacionada con ellos (7). Es un deber tan vinculado a la efectividad de los derechos protegidos por los artículos 2 y 3 que el Tribunal no duda en proclamar que es inderogable en los mismos términos en que aquellos lo son, de conformidad con el artículo 15 del Convenio; esto significa que su observancia es ineludible aun en las circunstancias más dramáticas y adversas (8). En palabras de la Sentencia *Ergi contra Tur-*

(6) A propósito únicamente del artículo 2, el Tribunal ha consolidado la idea de que el ordenamiento jurídico interno debe regular la acción de las fuerzas del orden de forma tal que se reduzcan al máximo las posibilidades de hacer uso de la fuerza mortal o potencialmente mortal. Por lo dicho al principio, este punto, ciertamente capital, queda fuera de foco en el presente trabajo; valga por lo tanto con indicar que dicha idea aflora en la Sentencia *McCann y otros contra Reino Unido* (1996), se desarrolla ampliamente en *Makaratzis contra Grecia* (2004) y encuentra confirmación en las Sentencias *Natchova y otros contra Bulgaria* y *Hamiyet Kaplan y otros contra Turquía*, ambas de 2005.

(7) De la importancia del deber de realizar una investigación eficaz es prueba que la doctrina se haya ocupado frecuentemente del mismo. Cfr., entre otros, I.-F. AKANDJI-KOMBE: *Les obligations positives*, cit., 34 ss.; F. SUDRE *et al.*: *Les grands arrêts*, cit., 91-92; C. OVEY y R. WHITE: *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006 (4.ª ed.), 65 ss.; F. TULKENS: «Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme», en *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, cit., vol. II, 1623 ss.; L. SERMET: «Le droit à la vie, valeur fondamentale des sociétés démocratiques, et le réalisme jurisprudentiel», *RFDA* n.º 15, 1999, 93-94; F. REY MARTÍNEZ: «La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y en expansión (Art. 2 CEDH y Protocolos 6.º y 13.º)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coords.): *La Europa de los Derechos*, cit., 79-80.

(8) Recuerdo que el artículo 15.1 CEDH dispone que «[e]n caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar

quita (1998), «ni la frecuencia de los conflictos armados violentos ni el gran número de víctimas tienen incidencia sobre la obligación, derivada del artículo 2, de realizar una investigación efectiva e independiente sobre las muertes producidas en el curso de enfrentamientos con las fuerzas del orden» (§ 85). En el mismo sentido, y entre otras muchas, la Sentencia *Tanrikulu contra Turquía* (1999) § 110. Por lo tanto, ninguna razón o contexto dispensa al Estado del deber de conducir y culminar una investigación eficaz cada vez una persona dependiente de su jurisdicción aduce violación de los artículos 2 y 3 del Convenio.

Aunque este deber estatal está incrustado en la garantía que dispensan dichos preceptos, tiene dimensión autónoma. Ello explica que su infracción pueda declararse aunque no se constate la violación del compromiso contraído por el Estado de no provocar la muerte de nadie fuera de los supuestos admitidos por el Tratado y de abstenerse de practicar torturas o malos tratos. Las violaciones que agreden la sustancia principal de los artículos 2 y 3 suelen denominarse *materiales*, mientras que las relacionadas con el deber de realizar una investigación eficaz se llaman *procedimentales*. Aunque la diferencia terminológica no es por sí misma reveladora de la autonomía recíproca de ambas vertientes, la jurisprudencia ha consolidado ésta, existiendo diversas Sentencias que acreditan que cabe imputar al Estado una violación *procedimental* de los artículos 2 y/o 3 aunque no pueda llegarse a la misma conclusión en el plano material (9); al grupo de las que ilustran esta idea pertenece, por cierto, la única que, hasta la fecha, ha declarado que el Estado español ha vulnerado el artículo 3 del Convenio (10).

medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional». Conforme al apartado segundo del mismo precepto, los artículos 2 —excepto para el caso de las muertes resultantes de actos ilícitos de guerra— 3, 4.1 (prohibición de la esclavitud y de la servidumbre) y 7 (principio de legalidad penal), son *inderogables*. La dinámica normativa posterior ha añadido al elenco de los derechos que reciben tan alta consideración el de no ser castigado dos veces y ha sancionado la prohibición de invocar el artículo 15 del Convenio con el propósito de aplicar la pena de muerte.

(9) Véanse, por ejemplo, las Sentencias *Tanrikulu contra Turquía* (1999); *Fama Kaçar contra Turquía* (2005); *Scavuzzo-Hager y otros contra Suiza* (2006); *Perk y otros contra Turquía* (2006); *Danelia contra Georgia* (2006).

(10) Sentencia *Martínez Sala y otros contra España* (2004). Véanse sobre la misma los comentarios de J. RUILOBA ALVAREÑO: «La Sentencia del TEDH en el asunto *Martínez Sala y otros c. España*, 2 de noviembre de 2004. Crónica de una muerte anunciada», *Revista Española de Derecho Internacional* volumen LVII-2005, n.º 1, 209 ss., y de C. QUESADA ALCALÁ: «El dilema 'seguridad versus derechos humanos': ¿También afecta a España? Comentario a la Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2004, asunto *Martínez Sala y otros c. España* (Asunto n.º 58348/00)», *Revista General de Derecho Europeo* n.º 6, 2005.

La Sentencia *Slimani contra Francia* (2004) ilustra a la perfección la mencionada autonomía. La demandante adujo la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio a raíz de la muerte de Moshen Sliti en unas dependencias policiales, pero como no había agotado las vías internas de recurso el Tribunal no entró a analizar si, en efecto, cabía imputar a las autoridades francesas la vulneración material de los preceptos alegados (11). La circunstancia de no haber utilizado los procedimientos nacionales había impedido a Dalia Slimani participar en la investigación abierta tras el fallecimiento de Sliti, por lo que este hecho era una consecuencia de aquella omisión; tal era así que si hubiera presentado una denuncia sí hubiera accedido al desarrollo de la investigación.

Cabe pensar que de igual modo que el Tribunal rehusó estudiar el fondo de la demanda por haberse interpuesto desconociendo el carácter subsidiario de la jurisdicción de Estrasburgo, lo mismo habría de hacer a propósito de la vulneración procedimental alegada. Sin embargo, trató los dos aspectos de forma distinta y sostuvo que el Convenio impone que la demandante debía haber participado en la investigación emprendida para aclarar las circunstancias de la muerte de su compañero con independencia de que hubiera presentado o no una denuncia sobre el fondo del asunto ante las autoridades nacionales (§ 48). Es evidente, pues, que los aspectos materiales y los procedimentales de los artículos 2 y 3 discurren por caminos diferentes; si así no fuera, no podría argumentarse que la falta de agotamiento de las vías internas de recurso (artículo 35.1 del Convenio) surte efectos a propósito de las quejas relacionadas con los primeros pero no respecto de las atinentes a los segundos. Bien se ve que la Sentencia *Slimani* es, como decía hace un momento, clara muestra de la completa autonomía de la obligación positiva que se comenta.

Autonomía que implica, por lo demás, que la declaración de violación de los aspectos procedimentales de los artículos 2 y 3 del Convenio produce los mismos efectos que la constatación de violaciones materiales (cosa juzgada respecto del Estado demandado y cosa interpretada con efectos *erga omnes*). Tal identidad de efectos jurídicos entre las sentencias sugiere que las violaciones procedimentales no son de orden inferior a las materiales; de hecho, el Tribunal no se pronuncia con menos rigor según que la violación constatada sea de una clase u otra y coloca las dos en el mismo nivel. Es verdad que podemos sentir la tentación de considerar que las vulneraciones

(11) El Tribunal aplicó, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 35.1 del Convenio, que formula como condición de admisibilidad de la demanda el agotamiento de las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.

materiales son objetivamente más graves que las procedimentales y que incluso éstas pueden tener en ciertos casos alguna explicación (carencia de medios, falta de personal cualificado, insuficiencia del marco normativo, etc.), a diferencia de las primeras que no parece que puedan tenerla nunca. Pero esa tentación debe evitarse. Un Estado miembro del Consejo de Europa tiene que estar en condiciones de ajustarse a las exigencias del Convenio, sean de la índole que sean, pues todas ellas son exigencias por igual. La doctrina de las obligaciones positivas perdería fuste institucional si admitiéramos que la *estigmatización* que supone que el Tribunal declare que un Estado europeo ha vulnerado el artículo 2 o el artículo 3 del Convenio, o los dos a la vez, es de grado mayor o menor según la naturaleza, material o procedimental, de la infracción cometida. Además, ello casaría mal con la ya mencionada inderogabilidad del deber que comentamos; si en este punto tan importante la asimilación entre los aspectos materiales y procedimentales de los artículos 2 y 3 es completa, no es posible defender que la violación de los segundos merece un juicio más benévolo. No, al menos, desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos humanos.

A propósito del deber de realizar una investigación eficaz, Françoise Tulkens ha señalado dos cuestiones de interés. La primera, que el control de su cumplimiento no debe ser una vía a través de la cual el Tribunal eluda el análisis material de los comportamientos estatales; la segunda, que la fiscalización del deber de realizar una investigación eficaz cobra pleno sentido cuando el Tribunal no puede, por las razones que fueren, constatar una violación sustancial, por lo que si ésta se declara cabe preguntarse por la necesidad de afrontar la cuestión procedimental (12).

Comparto la opinión de la juez Tulkens en cuanto al primer punto, pero creo conveniente que el Tribunal, si es que ha lugar, declare que en un caso determinado las vulneraciones estatales conciernen a todos los aspectos incluidos en la garantía europea de los derechos humanos. La autonomía de las vertientes sustantiva y procedimental es completa y no encuentro razón que justifique que la segunda deba orillarse una vez que se ha certificado la violación de la primera; no hablamos de un aspecto subsidiario en la garantía europea de los derechos a la vida y a la integridad personal, sino de un elemento dotado de fuerza propia que debe ser tratado como tal.

(12) F. TULKENS: *Le droit à la vie et le champ des obligations des États*, cit., 1626. Preciso que la autora forma parte del Tribunal desde el 1 de noviembre de 1998 y que escribe en condición de tal. Desde el 19 de enero de 2007 preside la Segunda Sección.

2. La formulación jurisprudencial del deber estatal de realizar una investigación eficaz. Convergencia entre el Tribunal de Estrasburgo y otras instancias internacionales de protección de los derechos humanos

Aun con cierta contención, lógica por lo demás si se tiene en cuenta que es la primera vez que el Tribunal expresa claramente la idea, la formulación jurisprudencial del deber de realizar una investigación eficaz se desliza en la Sentencia *McCann y otros contra Reino Unido* (1995), que es la que inaugura su jurisprudencia relativa al artículo 2 y a la acción de las fuerzas del orden. Dirá en ella que

«§ 161. Al igual que la Comisión, el Tribunal se limita a constatar que una Ley que prohíbe de manera general a los agentes del Estado proceder a homicidios arbitrarios sería en la práctica ineficaz si no existiera un procedimiento que permitiera controlar la legalidad del recurso a la fuerza mortífera por parte de las autoridades del Estado. La obligación de proteger el derecho a la vida que impone el artículo 2, en relación con el deber general que incumbe al Estado en virtud del artículo 1 del Convenio (...) implica y exige conducir una forma de encuesta eficaz cuando el recurso a la fuerza, en concreto por parte de los agentes del Estado, ha tenido como consecuencia la muerte de un hombre».

Años después, la regla se expone con mayor elaboración. Valga como muestra el § 68 de la Sentencia *Corsacov contra Moldavia* (2006):

«El Tribunal recuerda que cuando una persona hace una afirmación creíble de que ha sufrido tratos que violan el artículo 3 a manos de la policía o de otros funcionarios del Estado, esta disposición, leída en conjunción con la obligación general del Estado en virtud del artículo 1 del Convenio (...) requiere por implicación que debe existir una investigación oficial efectiva. Como en el caso de una investigación en virtud del artículo 2, tal investigación debe ser capaz de llevar a la identificación y castigo de los responsables. De otro modo, la prohibición legal general de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes sería, a pesar de su fundamental importancia, inútil en la práctica y sería posible en algunos casos que los funcionarios del Estado violaran los derechos de aquellos que estuvieran bajo su control con una virtual impunidad».

Entre ambas resoluciones media una década larga de jurisprudencia a lo largo de la cual el Tribunal ha ido perfilando el alcance del deber estatal de emprender, continuar y llevar a término una investigación eficaz en caso de muerte o malos tratos atribuidos a agentes públicos. Antes de descender a detalles, quisiera mencionar que el relieve conferido a la investigación pública y eficaz no es una originalidad de la jurisprudencia creativa del Tribunal, sino una regla firmemente asentada en el Derecho internacional de los derechos humanos. Veamos algunos ejemplos significativos.

La idea figura en la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975. Este texto establece que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura o malos tratos tiene derecho a que su caso sea examinado de forma imparcial por las autoridades competentes (artículo 8), y que siempre que haya motivos razonables para creer que se ha perpetrado un acto de tortura, las autoridades estatales competentes *procederán de oficio y con presteza a una investigación imparcial* (artículo 9) (13).

Lo que en 1975 es *soft law*, apenas diez años después salta al plano del derecho vinculante (por supuesto que en el sentido que la noción tiene aplicada al ordenamiento internacional). Así, el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984, dispone que

«Todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial».

La Convención pivota sobre la distinción entre las torturas y los demás tratos prohibidos, derivando de ella regímenes jurídicos distintos según que las conductas sean constitutivas de unas o de otros. Pero en el punto que nos interesa, como en alguno más, no admite distingo alguno: el artículo 16 extiende sin fisuras el deber de proceder a una investigación pronta e imparcial a las alegaciones de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

También dentro del ámbito de las Naciones Unidas, cabe recordar que el Consejo Económico y Social ha formulado una *Recomendación sobre los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias* (Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989), y que por Resolución 55/89, de 4 de diciembre de 2000, la Asamblea General ha adoptado los *Principios relativos a la investigación y*

(13) En apariencia, el deber de investigar aflora en caso de torturas propiamente dichas y no de malos tratos, pero no parece que sea exactamente así. Según el artículo 10 de la Declaración, «[s]i de la investigación a que se refieren los artículos 8 ó 9 se llega a la conclusión de que parece haberse cometido un acto de tortura tal como se define en el artículo 1, se incoará un procedimiento penal contra el supuesto culpable o culpables de conformidad con la legislación nacional. Si se considera fundada una alegación de otras formas de trato o penas crueles, inhumanos o degradantes, el supuesto culpable o culpables serán sometidos a procedimientos penales, disciplinarios u otros procedimientos adecuados».

documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, conocidos como *Principios de Estambul*.

Son dos textos de la máxima importancia. Es cierto que carecen de fuerza jurídica vinculante, pero no lo es menos que gozan de una extraordinaria autoridad y que el TEDH encuentra en ellos un punto de referencia, como se comprueba, por ejemplo, consultando las Sentencias *McKerr contra Reino Unido* (2001) y *Finucane contra Reino Unido* (2003), que transcriben parte de los *Principios* aprobados por la Resolución 1989/65. No es posible resumir ahora el contenido de ambos documentos; baste con señalar su existencia, con advertir de la minuciosidad con que establecen los deberes estatales de investigación y con destacar el énfasis que ponen en que los investigadores deben ser competentes e imparciales y en la necesidad de proteger a las víctimas y mantenerlas bien informadas de los progresos de la pesquisa. Son textos densos y detallados; en especial, el aprobado en el año 2000. Ello sugiere que en el corto espacio de una década, esta vertiente de la protección de los derechos humanos ha alcanzado un especial refinamiento conceptual.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha echado igualmente su cuarto a espadas en esta materia. El Comité elabora *comentarios generales* a los preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos — por cuya aplicación vela— con los propósitos de sintetizar los problemas que detecta a la vista de los informes periódicos que le presentan los Estados y de sugerir líneas de actuación en aras de una mayor y más eficaz protección de los derechos humanos. Hasta la fecha, y al margen del comentario adoptado en relación con el derecho a la vida y la proliferación de las armas nucleares (1984), ha elaborado un *comentario general* al artículo 6 del Pacto (derecho a la vida), que data de 1982, y dos relativos al artículo 7 (prohibición de la tortura y de otros tratos), uno de 1982 y otro de 1992 que le sustituye.

Son documentos igualmente muy claros. En relación con el artículo 6, el Comité señala que los Estados deben arbitrar procedimientos completos de investigación en los casos de desapariciones de personas en circunstancias que pueden implicar una violación del derecho a la vida. A propósito del artículo 7, el *comentario general* de 1982 precisa que no es suficiente con que los ordenamientos nacionales prohíban la tortura y los malos tratos o tipifiquen penalmente las conductas pertinentes, puesto que el precepto, leído conjuntamente con el artículo 2 (compromiso estatal de respetar y garantizar a todos los individuos bajo su jurisdicción los derechos que el Pacto reconoce), implica que los Estados tienen que asegurar que las quejas son investigadas eficazmente («States must ensure an effective protection through some machinery of control. Complaints about ill-treatment must be investi-

gated effectively by competent authorities»). En el *comentario general* de 1992 al artículo 7, que como he dicho reemplaza al anterior, el Comité es más taxativo: «[c]omplaints must be investigated promptly and impartially by competent authorities so as to make the remedy effective. The reports of States parties should provide specific information on the remedies available to victims of maltreatment and the procedure that complainants must follow, and statistics of the number of complaints and how they have been dealt with».

Y, en fin, como muestra última de la potencia del argumento en el ámbito de las Naciones Unidas, señálese que luce claramente en el artículo 12 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006 y abierta a la firma el 6 de febrero de 2007. A pesar de su extensión, merece la pena transcribir literalmente el tenor del precepto, que es una buena síntesis del estado de la cuestión vigente a la fecha de redacción de estas líneas:

«1. Cada Estado Parte velará por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial. Se tomarán medidas adecuadas, en su caso, para asegurar la protección del denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como de quienes participen en la investigación, contra todo maltrato o intimidación en razón de la denuncia presentada o de cualquier declaración efectuada.

2. Siempre que haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades a las que hace referencia el párrafo 1 iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal.

3. Los Estados Partes velarán para que las autoridades mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo:

a) Dispongan de las facultades y recursos necesarios para llevar a cabo eficazmente la investigación, inclusive el acceso a la documentación y demás informaciones pertinentes para la misma;

b) Tengan acceso, previa autorización judicial si fuera necesario emitida a la mayor brevedad posible, a cualquier lugar de detención y cualquier otro lugar donde existan motivos razonables para creer que pueda encontrarse la persona desaparecida.

4. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones. En particular, deberán garantizar que las personas de las que se supone que han cometido un delito de desaparición forzada no estén en condiciones de influir en el curso de las investigaciones, ejerciendo presiones y actos de intimidación o de

represalia sobre el denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación».

Podrían traerse a colación otras muestras adicionales que servirían para acreditar de forma concluyente que, en el punto señalado, se aprecia una firme convergencia internacional. Así, y destacadamente, no cabe olvidar las que figuran en el marco americano, tanto a nivel jurisprudencial (14) como normativo (15). Pero no es necesario que vayamos más lejos; quedémonos con el dato esencial: el Tribunal de Estrasburgo no camina en solitario cuando sostiene que la garantía europea del derecho a la vida y de la integridad personal implica el deber público de llevar a término una investigación completa y eficaz cada vez que se presenta una queja relacionada con los artículos 2 y 3 del Convenio. Ahora bien, ¿hasta dónde lleva el Tribunal este deber público de investigación?, ¿cuáles son sus contenidos concretos?, ¿tienen los Estados partes libertad para elegir el modo de dar cumplimiento al mismo?

3. Implicaciones del deber estatal de realizar una investigación eficaz

Como regla general, el Tribunal formula las obligaciones positivas que deduce del Convenio alzaprímado la finalidad perseguida y dejando a los Estados un cierto margen de maniobra en la selección de los medios aptos para lograr el objetivo. En nuestro caso, sin embargo, no sucede así. El Tribunal pauta con cierto detalle *qué deben hacer los Estados* para dar cabal cumplimiento al deber que se comenta. Tal minuciosidad se explica en que hablamos de una obligación que forma parte de la garantía europea de derechos humanos intangibles y que por tal motivo no admite divergencias nacio-

(14) El deber estatal de realizar una investigación eficaz en relación con la garantía del derecho a la vida había sido apuntado por la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, de 29 de julio de 1988, que fue el primer contencioso resuelto por la Corte, y desde entonces forma parte de su acervo jurisprudencial. Referencias en J. C. REMOTTI CARBONELL: *La Corte Interamericana*, cit., 52 ss.; G. DOMÉNECH PASCUAL: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, cit., 101-103; del mismo, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *REDC* 78, 2006, 346-347; L. BURGORGUE-LARSEN: «La Corte Europea de Derechos Humanos y el Derecho penal», *ADI* vol. XXI, 2005, 355-356.

(15) Valga como ejemplo el artículo 8 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada en Cartagena de Indias por la Organización de Estados Americanos el 9 de diciembre de 1985:

«Los Estados Partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados Partes garantizarán que sus respectivas autoridades procedan de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal».

nales amparadas en criterios autóctonos de los que deducir diferentes modos de comportarse. Tanto el artículo 2 como el artículo 3 del Convenio son esencialmente refractarios a la doctrina del margen nacional de apreciación y reclaman una interpretación europea uniforme, tanto en lo concerniente a los aspectos materiales como a los *procedimentales*. Expongamos sucintamente los criterios decantados por el Tribunal a propósito de los segundos (16).

a) El deber estatal de emprender y culminar una investigación eficaz está íntimamente relacionado con la aplicación efectiva de las leyes internas que protegen el derecho a la vida y a la integridad personal y con la necesidad de que los agentes públicos respondan de los actos contrarios a ellos (17). Esta idea conecta con la naturaleza subsidiaria de la jurisdicción de Estrasburgo pues pone el acento en la aplicación de los ordenamientos nacionales; de ahí se sigue que éstos no sólo tienen que censurar jurídicamente los comportamientos que atentan contra los derechos reconocidos en los artículos 2 y 3 del Convenio sino que, además, han de arbitrar los procedimientos que faciliten el descubrimiento y la sanción de las infracciones. Esto es, procedimientos de investigación que permitan alcanzar conclusiones fiables sobre los hechos denunciados.

Debe mencionarse que es indiferente la identidad de los agentes públicos a los que compete la llevanza y conducción de tales procedimientos. Unas veces corresponderá a la policía, otras al ministerio público, otras a los órganos del poder judicial o incluso a autoridades de naturaleza mixta a caballo de lo jurisdiccional y lo gubernativo. A los efectos de los artículos 2 y 3 del Convenio, tal extremo carece de importancia, por lo que la eventual infracción del deber podrá imputarse al Estado al margen de cuáles hayan sido los sujetos responsables de la investigación. Éstos deben ser desde luego independientes en el sentido que se comentará enseguida, pero, acreditada la independencia, es irrelevante qué órganos o autoridades asumen la investigación.

b) El deber de investigar recae sobre el Estado tanto si los hechos son imputables a agentes públicos como a terceros [Sentencias *Yasa contra Turquía* (1998), § 100; *Fatma Kaçar contra Turquía* (2005), § 73]. Este punto

(16) La jurisprudencia de Estrasburgo suele ser reiterativa en el recordatorio de los principios y criterios rectores del deber estatal de emprender y llevar a término una investigación eficaz. Pueden verse resúmenes claros y didácticos en, por ejemplo, las Sentencias *Kelly y otros contra Reino Unido* (2001), §§ 94-98; *Finucane contra Reino Unido* (2003), §§ 67-71; *Gongadze contra Ucrania* (2005), §§ 175-177; *Bazorkina contra Rusia* (2006), §§ 117-119; *Imaykeva contra Rusia* (2006), §§ 146-148; *Luluyev y otros contra Rusia* (2006), §§ 90-92.

(17) Entre otras, Sentencia *Ihsan Bilgin contra Turquía* (2006), § 56: la finalidad esencial de la investigación es asegurar la aplicación efectiva de las leyes internas que protegen el derecho a la vida y, en los casos de implicación de agentes u órganos estatales, garantizar que éstos responden por las muertes que se producen bajo su responsabilidad.

nos conduce a la cuestión de la *eficacia horizontal* de los preceptos que nos ocupan, sobre la que algo se dirá más adelante. Su mención telegráfica en este momento nos permite indicar que, en el estado actual de la jurisprudencia, el deber de investigar sobrepasa el territorio de las muertes o de los malos tratos reprochados a la acción, la complicidad o la inactividad de las fuerzas del orden y de las autoridades de policía (18).

c) El deber estatal de investigar adecuadamente los hechos exige que las autoridades actúen por su propia iniciativa, sin esperar a que los parientes o los próximos de la víctima presenten una denuncia formal o impulsen el procedimiento; una vez que han tenido noticia del asunto, aquellas deben iniciar de oficio la investigación y asociar a la misma a las personas cercanas a la víctima, con independencia de las decisiones que éstas adopten por su cuenta. En palabras de la Sentencia *Tanrikulu contra Turquía* (1999), § 103, «[n]o tiene relevancia decisiva que los familiares del difunto u otras personas hayan presentado o no una queja oficial a propósito de la muerte ante las autoridades competentes para la investigación. El simple hecho de que las autoridades hayan sido informadas de la muerte implica *ipso facto* el nacimiento de la obligación, derivada del artículo 2, de practicar una investigación eficaz acerca de las circunstancias en que se ha producido».

d) La naturaleza y el grado de la investigación exigida deben responder al principio de efectividad. Éste no se mide por un canon universal al no ser posible reducir la variedad de las situaciones que pueden producirse a un elenco cerrado de actos de investigación o a otros criterios simplificados; no obstante, la efectividad requerida supone unos mínimos indispensables.

d.1) En primer lugar, las personas encargadas de la investigación deben ser independientes de las implicadas en los hechos. Ello exige, por supuesto, la falta de dependencia jerárquica o institucional entre unas y otras, pero también una independencia práctica, extremo que se valora a la vista de las circunstancias del caso (19). Como ya se ha mencionado, la naturaleza judicial,

(18) Véase, como ejemplo destacado de la expansión del deber de realizar una investigación eficaz extramuros de la acción, la complicidad o la pasividad de las fuerzas de policía, la Sentencia *Pereira Henriques contra Luxemburgo* (2004). Los jueces consideran, por unanimidad, que el Gran Ducado ha vulnerado el artículo 2 del Convenio a causa de las deficiencias apreciadas en la investigación oficial abierta tras el fallecimiento del señor Coimbra Henriques en un accidente laboral.

(19) La falta de independencia práctica puede consistir en que la autoridad responsable de la investigación otorgue un peso excesivo a los informes proporcionados por los agentes implicados en los hechos, aunque no exista un vínculo jerárquico o institucional entre aquella y éstos. Un ejemplo en la Sentencia *Ergi contra Turquía* (1998). El demandante sostenía que su hermana había muerto por el impacto de un proyectil proveniente de un arma de las fuerzas del orden, pero el Tribunal, siguiendo a la Comisión, no consideró probado que hubiera sido

administrativa o mixta de los órganos encargados de la investigación no es un elemento decisivo siempre que aquellos sean independientes. Por lo demás, es claro que la independencia no garantiza que la investigación desarrollada satisfaga los cánones del Convenio; es un requisito imprescindible, pero no suficiente (20).

Una muestra clara de falta de independencia la encontramos en la Sentencia *Ogur contra Turquía* (1999), § 91:

«En resumen, surgen serias dudas en cuanto a la capacidad de los órganos administrativos encargados de llevar a cabo una investigación independiente, como lo requiere el artículo 2 del Convenio. En efecto, el Tribunal sostiene que el instructor, nombrado por el prefecto, era lugarteniente coronel de la gendarmería y, por lo tanto, dependía de la misma jerarquía local que las fuerzas de seguridad sobre las que efectuaba una investigación. En cuanto al comité administrativo, que debía decidir si se iniciaban las diligencias contra las fuerzas de seguridad, estaba compuesto por altos funcionarios de la provincia y presidido por el prefecto, el cual, en este caso, era administrativamente responsable de la operación llevada a cabo por las fuerzas de seguridad. A este respecto, hay que señalar el testimonio de uno de los miembros del comité administrativo de Sırnak, según el cual, en la práctica, no era posible oponerse al prefecto: los miembros, o firman la orden preparada por éste, o son sustituidos por otros miembros que estén dispuestos a hacerlo».

No es, desde luego, el único ejemplo notorio (21).

d.2) En segundo lugar, la efectividad requiere que la investigación permita desentrañar qué es lo que sucedió, debiendo emplearse para ello todos

así. Apreció, en cambio, deficiencias en la investigación. En concreto, el Tribunal dijo mostrarse sorprendido por la gran importancia que el fiscal encargado del caso había conferido al informe de la gendarmería, hasta el punto de no considerar necesarias otras pruebas ni realizar otras pesquisas (§ 83-84).

(20) Cabe recordar, por ejemplo, que la Sentencia *Martínez Sala y otros contra España* (2004) atribuye a los jueces la violación procedimental del artículo 3 (§§ 159-160), estando fuera de duda su independencia completa respecto de los agentes del orden a los que se imputaba la violación material del precepto, que el Tribunal por cierto no declara.

(21) La Sentencia *Finucane contra Reino Unido* (2003) versa sobre el asesinato de abogado Patrick Finucane en relación con el cual existían sospechas de participación o complicidad del *Royal Ulster Constabulary* (la policía británica de entonces en el Ulster), a raíz de que miembros del Cuerpo profirieran amenazas contra él por prestar asistencia letrada a republicanos. Es significativo que un mes antes del asesinato de Finucane, un alto cargo del Ministerio del Interior británico declarara en televisión que tenía que afirmar, como un hecho y muy a su pesar, que había en Irlanda del Norte abogados que simpatizaban indebidamente con la causa del IRA. En este contexto, es lógico que el Tribunal considerara que encomendar la dirección y ejecución de la investigación a miembros del *Royal Ulster Constabulary* no era una garantía de independencia (§ 76).

los medios disponibles, que han de ponerse al servicio del hallazgo de la verdad; ello no significa, lógicamente, que haya de alcanzarse una *verdad* determinada, razón por la cual el Estado cumple con el Convenio *haciendo todo lo que esté razonablemente en su mano* para averiguar lo que pasó y no sólo si llega a ciertas conclusiones en lugar de a otras (22). No basta, pues, cualquier comportamiento público, no es suficiente una pesquisa meramente rutinaria o superficial, sino que la investigación debe ser apta para llegar a conclusiones fiables, que sólo se obtienen practicando todas las pruebas objetivamente pertinentes (23).

Como es lógico, el peso de emplear todos los medios necesarios para que la investigación sea eficaz recae sobre las autoridades, que no en vano son quienes pueden dificultar o entorpecer con relativa facilidad una pesquisa. No obstante, el comportamiento de las víctimas o de sus parientes y familiares no es indiferente. Su actitud obstruccionista puede llevar a que el Estado quede exento de responsabilidad por este concepto (24) y, con carácter general, se espera de aquellas personas una razonable cooperación con las autoridades encargadas de la llevanza de las investigaciones (25).

(22) Como dice la Sentencia *Tanis contra Turquía* (2005), se trata de una obligación de medios, no de resultado (§ 203). Justamente por ello, si las autoridades están más preocupadas por demostrar que los agentes públicos no participaron en los hechos denunciados que por descubrir la infracción del Convenio se declara sin paliativos; cfr. la Sentencia *Gongadze contra Ucrania* (2005), § 179.

(23) Sentencia *Corsacov contra Moldavia* (2006): «[L]a investigación de alegaciones graves de malos tratos debe ser minuciosa. Esto significa que las autoridades deben siempre intentar seriamente descubrir qué sucedió y no deben basarse en conclusiones apresuradas o sin fundamento para cerrar su investigación o en cuanto al fundamento de sus decisiones (...). Deben tomar todas las medidas razonables que estén en su mano para asegurar las pruebas relativas al incidente, entre otras, las declaraciones de testigos presenciales y las pruebas forenses (...). Toda deficiencia de la investigación que reduzca su capacidad para establecer la causa de las lesiones o la identidad de las personas responsables chocaría con este patrón» (§ 69).

(24) Véase la Sentencia *Siddik Aslan y otros contra Turquía* (2005). En el caso, la investigación oficial relativa a la muerte de los familiares de los demandantes no podía emprenderse sin recuperar sus cuerpos que, según aquellos, habían quedado en el lugar de un enfrentamiento entre las fuerzas del orden y activistas kurdos. El examen de los cadáveres era imprescindible para resolver el problema de a quién imputar las muertes y, antes aún, para clarificar si las muertes se habían producido en realidad. Las autoridades turcas realizaron diversos intentos de recuperación de los cuerpos, todos los cuales fracasaron, bien por falta de medios, bien por inclemencias meteorológicas; al final, desistieron de la búsqueda. Más tarde se supo que, unos días después del enfrentamiento armado, los próximos de los fallecidos habían ido al lugar de los hechos y enterrado los cadáveres; en tales condiciones, es notorio que no podía reprocharse a las autoridades de Turquía la infracción del deber de investigar eficazmente las muertes.

(25) En el asunto *K. contra Turquía* (2004), el Tribunal considera que no ha quedado establecida la violación procedimental del artículo 2. Las indagaciones policiales hechas en el lugar del descubrimiento del cadáver, la encuesta preliminar comenzada el mismo día del hallazgo,

d.3) En tercer lugar, la efectividad guarda relación con el *factor tiempo*. Esto significa, por lo pronto, que la investigación ha de realizarse con celeridad y diligencia razonables pues, aunque en algún caso concreto puedan presentarse obstáculos que dificulten el progreso de las indagaciones, el criterio general es que una cierta rapidez en la investigación de los excesos que haya podido cometer la fuerza pública es esencial para mantener la confianza de la ciudadanía en la observancia de los principios del Estado de Derecho y para evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia con actos ilegales.

Pero el *factor tiempo* no sólo se refiere a la duración de las investigaciones, sino también al inicio de las mismas, que debe tener lugar sin demoras innecesarias. Éstas sugieren un débil compromiso estatal en el objetivo básico de descubrir la verdad, que suele requerir acciones inmediatas, pero, además, dice la Sentencia *McKerr contra Reino Unido* (2001), alimentan las afirmaciones según las cuales las investigaciones relativas al uso de la fuerza mortal por parte de la policía no son de la misma calidad que cuando los sospechosos son civiles (§ 126). Bien se comprende que en determinados contextos particularmente problemáticos, generalmente caracterizados por la existencia de conflictos internos teñidos de controversia política, la tardanza en proceder a la investigación de hechos que han denunciado quienes se oponen al régimen establecido puede suscitar reticencias que conviene evitar, además de ser un elemento a considerar, incluso decisivamente, a la hora de emitir un juicio sobre el ajuste de los comportamientos públicos con el Convenio (26). En este punto, debe señalarse que el Tribunal ha censurado contundentemente que el Estado haya dado comienzo a una investigación efectiva sólo una vez que le ha sido comunicada la presentación de la demanda ante la jurisdicción de Estrasburgo (27).

e) La puesta en práctica del deber estatal de investigar lleva aparejada una cierta publicidad. Ésta no tiene por qué ser completa pues, en palabras

los trámites de identificación y las propias declaraciones del demandante y de los parientes del difunto (incluso el primero había declarado ante el Fiscal que no conocía las causas del asesinato de su hermano y que no sospechaba de nadie), llevan al Tribunal a afirmar que «la investigación, sin haber logrado identificar al autor o autores del asesinato, no careció de eficacia, y que no puede alegarse que las autoridades permanecieran pasivas frente a las circunstancias en las que fue asesinado el hermano del demandante». En este asunto, con todo, hay un elemento interesante: se da por hecho que contemporáneamente al hallazgo del cadáver de R. K. sus familiares recibieron una llamada que decía provenir de una comisaría de policía con el siguiente mensaje: «se han dejado aquí una prenda, vengan a buscarla». El difunto no había sido detenido legalmente. El TEDH no pasa por alto la posible existencia de esa extraña llamada, pero dice que no fue puesta en conocimiento de las autoridades encargadas de la investigación.

(26) Cfr., por ejemplo, la Sentencia *Timurtas contra Turquía* (2000), §§ 88-89.

(27) Sentencia *Bazorkina contra Rusia* (2006), § 121.

de la Sentencia *Shanaghan contra Reino Unido* (2001), «la divulgación o publicación de los informes de la policía y del material de investigación puede incluir asuntos sensibles con posibles efectos perjudiciales para personas privadas u otras investigaciones y, por lo tanto, no se pueden considerar como una exigencia automática según el artículo 2» (§ 105); sin embargo, los afectados han de estar al corriente del procedimiento y de sus avances hasta donde sea necesario para salvaguardar sus intereses legítimos, por lo que en relación con ellos no deben existir restricciones que menoscaben su derecho (28). Recordemos en este momento que la mencionada Sentencia *Slimani contra Francia* (2004) aprecia la vulneración del artículo 2 del Convenio porque la demandante no pudo acceder al sumario ni conocer la causa de la muerte del señor Sliti. Otras Sentencias resuelven lo mismo a la vista de las informaciones fragmentarias e insuficientes suministradas a los demandantes (29).

f) Adicionalmente, cabe señalar que los procedimientos de investigación eficaces y transparentes son un buen antídoto contra rumores o sospechas de abusos estatales, como los que circulaban por entre los entesijos del caso *McKerr*, consistentes en la creencia de que existía una política deliberada de tirar a matar sobre los sospechosos de pertenecer al IRA en lugar de detenerlos. El Tribunal indica al respecto que «la existencia de procedimientos adecuados que permitan clarificar la responsabilidad de los agentes del Estado es indispensable para preservar la confianza del público y responder a las legítimas inquietudes que puede suscitar el recurso a la fuerza mortal. La ausencia de tales procedimientos no puede sino exacerbar las creencias acerca de la existencia de motivaciones inconfesables» (§ 160). Exactamente lo mismo en la Sentencia *Shanaghan contra Reino Unido* (2001), ahora a propósito de la «supuesta práctica de complicidad del personal de las fuerzas de seguridad con los paramilitares lealistas», que señalarían como objetivos a sospechosos de ser miembros del IRA o del Sinn Fein (§ 124). Pese a su alcance aparentemente modesto, este argumento es de gran importancia. No hay cuerpo de seguridad que pueda prestar adecuadamente servicio a la ciudadanía si no cuenta con suficiente aquiescencia social; podrá hacer otras cosas, pero prestar un buen servicio a los ciudadanos no. Desde este punto de vista, el desmontaje de rumores es imprescindible; puesto que son quizá inevitables, el Estado debe ser transparente ya que no hay otro modo de combatirlos.

A la vista de lo expuesto, es indiscutible que el Tribunal diseña minuciosamente los contenidos del deber de realizar una investigación eficaz, que de esta forma no quedan al criterio de los Estados. No es el único órgano

(28) Por ejemplo, Sentencia *Tanis y otros contra Turquía* (2005), § 204.

(29) Sentencias *Bazorkina contra Rusia* (2006), § 124, *Luluyev y otros contra Rusia* (2006), § 100.

europeo que se pronuncia en el mismo sentido. Las llamadas *Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura*, creado por el Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (1987), discurren en idéntica dirección, por lo que podemos hablar de un criterio bien asentado (30).

4. Relaciones entre el deber estatal de realizar una investigación eficaz y el derecho a un recurso efectivo

Para concluir el presente apartado, debemos mencionar que la ausencia de una investigación seria y eficaz puede acarrear la vulneración del artículo 13 del Convenio, que proclama que «[t]oda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». El Tribunal ha llegado a esa conclusión en varios asuntos que tenían como denominador común que el Estado demandado era Turquía.

El criterio arranca de la Sentencia *Aksoy* (1996), cuyo § 98 dice lo siguiente:

«La naturaleza del derecho garantizado por el artículo 3 del Convenio tiene implicaciones para el artículo 13. Habida cuenta de la importancia fundamental de la prohibición de la tortura (...) y de la situación particularmente vulne-

(30) Dicho Comité emite informes anuales en los que, además de dar cuenta de su actividad durante el período, incluye a veces *secciones sustantivas* que incorporan un pronunciamiento general sobre cuestiones de importancia destacada. Tales *secciones sustantivas* se han reunido en las llamadas *Normas del Comité*, disponibles en la red (www.cpt.coe.int). En el Informe correspondiente al año 2004 se inserta un capítulo titulado *La lucha contra la impunidad*, en parte dedicado al tema de la investigación eficaz. En síntesis, el Comité reclama la obligación legal, y no la facultad discrecional, de abrir investigaciones oficiales una vez que se tiene noticia de quejas creíbles. Y, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, señala que «en el momento presente es un principio bien establecido que las investigaciones efectivas, capaces de identificar y de sancionar a las personas responsables de los malos tratos, son indispensables para conferir un sentido práctico a la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes». A juicio del Comité, tales investigaciones deben cumplir ciertos requisitos: a) han de ser realizadas por personas independientes de las implicadas en los hechos, lo que aconseja que sus responsables no pertenezcan a la policía; b) los medios empleados deben permitir determinar si el recurso a la fuerza estuvo justificado o no y, en su caso, facilitar la sanción de los responsables; c) la investigación debe ser completa, practicarse con celeridad diligencia y razonables, sin retrasos o suspensiones carentes de justificación; d) ha de existir un control público sobre la investigación o sobre sus conclusiones, cuyo grado puede variar según los casos (a mayor gravedad, mayor publicidad) y teniendo siempre en cuenta la protección de los intereses legítimos de las víctimas.

rable de las víctimas de torturas, el artículo 13 impone a los Estados, sin perjuicio de cualquier otro recurso disponible en derecho interno, la obligación de efectuar una investigación profunda y efectiva en los casos de tortura.

En consecuencia, cuando un individuo formula una alegación defendible de haber sufrido torturas por parte de agentes del Estado, la noción de 'recurso efectivo' en el sentido del artículo 13 implica, además de la entrega de una indemnización cuando corresponda, investigaciones profundas y efectivas capaces de conducir a la identificación y el castigo de los responsables, así como el acceso efectivo del reclamante al procedimiento de investigación. Ciertamente, el Convenio no contiene una disposición expresa del género de la consagrada en el artículo 12 de la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en 1984 por las Naciones Unidas, que impone la obligación de proceder 'inmediatamente a una investigación imparcial' cada vez que existan motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura. El Tribunal estima, sin embargo, que una exigencia similar deriva implícitamente de la noción de 'recurso efectivo' en el sentido del artículo 13».

La idea sustancial se reitera después en diversas Sentencias, todas ellas con Turquía ocupando la posición de parte demandada. Así, y sin afán exhaustivo, *Kaya* (1998) § 107; *Selçuk y Asker* (1998) § 96; *Kurt* (1998), §§ 140-142; *Tanrikulu* (1999) §§ 118-119; *Çakici* (1999), 112-113; *Ilhan* (2000), §§ 97-98; *Mahmut Kaya* (2000) § 116; *Behiye Salman* (2000) § 121; *Fatma Kaçar* (2005) § 89. Nótese que una declaración de vulneración del artículo 13 por ausencia o insuficiencia de investigación oficial efectiva no está vinculada a la apreciación previa de una violación material de los artículos 2 ó 3 del Convenio; puede añadirse a ella o formularse en ausencia de la misma (31).

Esta derivación del derecho al recurso efectivo no ha pasado desapercibida a la doctrina (32); sin embargo, no está claro que tenga alcance o validez general. Se formula, como he dicho, a propósito de demandas presentadas contra Turquía, y el Tribunal ha rehusado considerarla en el asunto *McKerr contra Reino Unido* (2001) aduciendo la diferencia entre los sistemas jurídicos existentes en aquel país y en éste (§§ 171-173). La idea fundamental es que en el ordenamiento turco la suerte de cualesquiera acciones está (o estaba) íntimamente ligada al establecimiento de los hechos tras la

(31) Así, la Sentencia *Devrim Turan contra Turquía* (2006), no considera probado que hubiera una violación sustantiva del artículo 3, pero afirma la infracción del artículo 13 a causa de que las autoridades no habían iniciado las investigaciones pertinentes a propósito de los malos tratos que la demandante decía haber sufrido.

(32) Cfr., por ejemplo, E. CARMONA CUENCA: *El derecho a un recurso efectivo*, cit., 650; M.ª N. ARRESE IRIONDO, «Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo», en Iñaki Lasagabaster Herarte (Dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, cit., 511; D. GOMIEN: *Vade-mecum de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2005 (3.ª ed.), 162.

investigación oficial, motivo por el cual las deficiencias de la misma comprometen (o comprometerían) la eficacia de aquellas; en cambio, no sucede lo mismo en el sistema británico, en el que al menos los procedimientos civiles de responsabilidad son independientes de las pesquisas y su fortuna no depende del resultado de las mismas (33).

De ahí parece deducirse que el vínculo entre el artículo 13 y el deber estatal de llevar a cabo una investigación que satisfaga las exigencias del Convenio no es fatal o indefectible, sino que se establece en función de los particularismos de los ordenamientos nacionales. Esto es, si del derecho interno se deduce que los resultados de la investigación condicionan el éxito de cualesquiera acciones que las víctimas puedan emprender, las insuficiencias de aquella repercuten directamente sobre el derecho al recurso efectivo garantizado por el artículo 13; en otro caso, no.

La inferencia encuentra apoyo en otras Sentencias que, ahora sí, no se refieren a Turquía (34). De todas ellas se deduce que el ligamen entre la violación procedimental de los artículos 2 y 3 y la violación del artículo 13 existe en la medida en que la efectividad de los recursos internos depende del producto de la investigación oficial abierta tras los hechos; cuando ello es así y la investigación no alcanza el grado de meticulosidad requerido por el Tribunal, sus resultados arriesgan y hasta anulan la eficacia de las vías internas de recurso. Como bien se comprende, las investigaciones deficientes concluyen normalmente con la exculpación de los agentes públicos involucrados, con la declaración de que los hechos no han quedado probados o con la afirmación de que, aun acreditados, no es posible identificar a sus autores; cuando estas conclusiones yugulan las posibilidades de éxito de los recursos previstos en el ordenamiento nacional, a la violación procedimental de los artículos 2 y 3 del Convenio se añade la violación del derecho a un recurso efectivo. Véanse, en este sentido, las Sentencias *Velikova contra Bulgaria* (2000), § 90; *Anguelova contra Bulgaria* (2002), § 161; *Khachiev contra Rusia* (2005), §§ 184-185; *Issaieva contra Rusia* (2005), §§ 228-229; *Pruneau contra Moldavia* (2007), § 69.

Se aprecia, no obstante, una inflexión, que si no modifica el criterio expuesto sí arroja sobre él alguna luz nueva. Las Sentencias *Chitayev y Chitayev contra Rusia* (2007) y *Mammadov (Jalaloglu) contra Azerbaiyán* (2007), hacen descansar la violación del artículo 13 no en el hecho de que

(33) C. OVEY y R. WHITE se percatan del matiz a propósito del caso *Hugh Jordan*, muy similar en todos los sentidos a *McKerr*; vid. *The European Convention*, cit., 58.

(34) Entre las que lo hacen, cabe la cita de la Sentencia *Veli Tosun* (2007), que declara vulnerado el artículo 13 porque la duración excesiva de la investigación ha provocado la práctica impunidad de los autores de los malos tratos (§§ 58 a 60).

una investigación ineficaz frustré el éxito del recurso interno por estar legalmente vinculada la suerte de éste al resultado de aquella, sino en que los jueces nacionales, en principio habilitados para establecer los hechos con libertad e independencia, acepten rutinariamente los establecidos por una pesquisa estatal insuficiente (35).

En resumen, creo que no se puede afirmar con carácter general que las investigaciones livianas, insuficientes o no ajustadas al estándar europeo determinen por sí mismas, además de la segura violación del aspecto procedimental de los artículos 2 y 3 del Convenio, la del artículo 13. Es verdad que, al menos desde la Sentencia *Aksoy contra Turquía* (1996), el Tribunal insiste en que, cuando están en juego aquellos preceptos, el artículo 13 impone el pago de una compensación cuando proceda y la llevanza de una completa y efectiva investigación que conduzca al descubrimiento y castigo de los responsables. Pero de la jurisprudencia se deduce que el artículo 13 se vulnera a causa de una investigación insuficiente o rutinaria sólo cuando el resultado de la misma acarrea, *de facto* o *de iure*, la ineficacia de los recursos internos. *De iure* porque el ordenamiento así lo dispone; *de facto* porque los jueces prestan su aquiescencia a aquel por hábito o costumbre. En este último caso, si el aparato judicial es capaz de superar la rutina y de enlucir las desconchaduras visibles en la investigación realizada, no habrá lugar para introducir el artículo 13 del Convenio en el debate; en el primero, será prácticamente inevitable.

III. SANCIONES PENALES

Desde las Sentencias *Marckx contra Bélgica* y *Airey contra Irlanda*, las dos de 1979, se sabe que del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar) derivan deberes positivos a cargo de los gobiernos, pero hasta el caso *X e Y contra Holanda* (1985) no se había planteado que entre ellos estuviera el de prever castigos penales para determinadas conductas.

La cuestión central giraba en torno a una laguna de la legislación holandesa que imposibilitaba en la práctica el castigo penal de ciertas agresiones

(35) Así, la Sentencia *Chitayev* observa que observa que si los tribunales disponen en teoría de libertad para establecer independientemente los hechos, el peso conferido en la práctica al resultado de la investigación previa es tan elevado que incluso la más convincente prueba presentada por quien reclama puede ser a menudo desestimada por irrelevante (§ 202). La Sentencia *Mammadov* reprocha a los tribunales interrosos que no intentaran valorar independientemente los hechos y que incurrieran en esencia en los mismos errores y omisiones cometidos durante la investigación (§ 86).

sexuales a los disminuidos psíquicos si éstos eran mayores de dieciséis años, pues ni podían presentar por sí mismos una demanda ni estaba previsto que sus representantes legales lo hicieran en su nombre. Aunque puede parecer que el tema tenía dimensión básicamente procesal, lo que estaba realmente en juego era si del Convenio se deduce el deber estatal de castigar penalmente determinadas conductas. Este era, en realidad, el camino emprendido por los demandantes; sin negar que el ordenamiento holandés contemplaba otras vías de reparación menos enérgicas, adujeron que únicamente la vía penal hubiera ofrecido a la joven Y, víctima de una agresión sexual frente a la que no pudo actuar penalmente, una protección jurídica suficiente.

El Tribunal asume el planteamiento de la demanda. Afirma que «la elección de las medidas dirigidas a garantizar el respeto del artículo 8 en las relaciones interindividuales corresponde a la libertad de apreciación de los Estados contratantes» y que el «recurso a la ley penal no constituye necesariamente la única solución» (§ 24); pero añade que «estima insuficiente la protección del Derecho civil en caso de acciones del tipo de las que Y ha sido víctima. Se trata de un caso en el que están en cuestión valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada. Sólo la legislación penal puede asegurar en este campo, donde es necesaria, una acción eficaz. De hecho, estas materias están normalmente contempladas en la legislación penal» (§ 27).

Con posterioridad, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado la idea fundamental apuntada en dicha Sentencia (36) y, desde luego, no le han faltado ocasiones de hacerlo a propósito de los artículos 2 y 3 del Convenio. En relación con el segundo de ellos, lo ha hecho en casos de vulneraciones imputables materialmente a particulares, como en la Sentencia *M. C. contra Bulgaria* (2004), que tiene en su base fáctica la violación de una menor (37), o en la Sentencia *A. contra el Reino Unido* (1998) relativa a los malos tratos

(36) Véase, con carácter general, G. DOMÉNECH PASCUAL: *Los derechos fundamentales a la protección penal*, cit., 343 ss.

(37) La demandante alegaba que la legislación búlgara únicamente permite perseguir penalmente a los autores de violencias sexuales si la víctima ha demostrado una firme resistencia frente a ellas. Ningún agente público estuvo involucrado en los hechos, estrictamente circunscritos al ámbito privado. En línea con el tenor de la demanda, el Tribunal enfoca el asunto a partir de los artículos 3 y 8 del Convenio, de los que deduce la obligación positiva de los Estados de adoptar las disposiciones penales que sancionen efectivamente la violación y de aplicarlas en la práctica (§ 153). Tomando nota de los datos disponibles, el Tribunal constata «una tendencia universal a considerar la ausencia del consentimiento como el elemento constitutivo esencial de la violación y de las violencias sexuales» (§ 163), y no la resistencia de la víctima. Su conclusión general es clara: «[c]onforme a las normas y a las tendencias contemporáneas en la materia, procede considerar que las obligaciones positivas que incumben a los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 del Convenio exigen la criminalización y la represión efectiva de todo acto sexual no consentido, incluso cuando la víctima no haya opuesto resistencia física» (§ 166).

a los niños en el entorno familiar (38). Pero el tema de las sanciones penales se ha planteado igualmente con ocasión de asuntos más directamente relacionados con la acción o la complicidad de las fuerzas del orden.

No creo equivocarme si digo que el *leading case* a este respecto es la Sentencia *Mahmut Kaya contra Turquía* (2000), sobre la que habremos de volver en el próximo apartado. El Tribunal declara que el Estado demandado ha vulnerado los artículos 2 y 3 del Convenio por no haber adoptado medidas *ad hoc* tendentes a proteger la integridad física y la vida del doctor Hasan Kaya, quien podía considerarse seriamente amenazado por haber atendido y curado a varios militantes del Partido de los Trabajadores del Kurdistan heridos tras un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad. Como veremos luego, el Tribunal no considera acreditado más allá de toda duda razonable que los malos tratos infligidos a Kaya y su asesinato fueran imputables a agentes públicos, aunque bien es verdad que prácticamente lo da por supuesto; señalamos ahora que reprocha a Turquía que la aplicación de su ordenamiento penal y procesal en el sudeste del país adolecía de graves defectos que minaban la debida protección legal de las personas y facilitaba la irresponsabilidad de los autores de los crímenes, situación incompatible con la idea del imperio de la ley en una sociedad democrática. Por tal motivo, el Tribunal establece que tales defectos habían eliminado la tutela que Hasan Kaya debía haber recibido por parte de la ley (§§ 93-99).

El Tribunal considera fuera de discusión que en la época (1993) era frecuente el asesinato de personas sospechosas de apoyar al Partido de los Trabajadores del Kurdistan y que los hechos no solían aclararse —del fenómeno del *asesinato por autor desconocido* habla en § 89—, deduciendo de ahí una insuficiente protección legal de las víctimas potenciales de tales crímenes, pues sus autores podían contar prácticamente de antemano con la impunidad (39).

(38) Sentencia *A. contra Reino Unido* (1998). La persona responsable de los daños infligidos a A., de nueve años, había sido absuelto penalmente de los cargos de atentar contra su integridad física dado que el ordenamiento inglés exigía para la condena que la acusación demostrara, más allá de toda duda razonable, que las palizas habían sobrepasado el límite del castigo lícito. Acreditado que los tratos alcanzaban el nivel de severidad requerido para caer dentro del campo de aplicación del artículo 3, el Tribunal consideró que la ley no amparaba suficientemente al demandante, opinión que por cierto compartía el Gobierno demandado (§ 24). Véase sobre este caso el comentario de L. MARTÍN-RETORTILLO: «¿Castigo razonable o malos tratos? (La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998, en el caso A contra Reino Unido: una nueva página en la defensa y protección de los niños)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* n.º 22, 2000, 15 ss.

(39) La impunidad práctica y jurídica de los autores de violaciones de los derechos a la vida y a la integridad personal ha preocupado también a la Corte Interamericana, que además ha tenido que lidiar con el espinoso problema de las leyes de amnistía y las disposiciones de prescripción o de establecimiento de exclusiones de responsabilidad; cfr. REMOTTI CARBONELL: *op. cit.*, 61 ss.

Ello ponía de manifiesto la debilidad de los remedios penales, siendo esa una de las razones por las que el Tribunal declaró que, en el caso, Turquía había vulnerado los artículos 2 y 3 del Convenio. De esta forma, la protección penal eficaz de tales derechos se erige en elemento integrante de su contenido garantizado por el Convenio bajo los ropajes de la teoría de las obligaciones positivas.

En términos generales, es digno de consideración que el Tribunal haga notar que las carencias de la legislación penal —obviamente cualificadas y de elevado fuste— implican que el Estado demandado no cumple con la obligación de proteger eficazmente los derechos que el Convenio garantiza; es, sin duda, un toque de atención a los legisladores nacionales, directamente concernidos por las soluciones de la jurisprudencia europea. Si a propósito de las injerencias o restricciones contempladas en los artículos 8 a 11 del Convenio el Tribunal ha tenido ocasión de precisar los componentes formales, de previsibilidad e incluso de calidad material de las leyes llamadas a establecerlas, ahora nos hallamos ante una variante que se refiere ni más ni menos que al contenido de la ley penal sustantiva y a los procedimientos de aplicación de la misma.

Particularmente, no estoy muy seguro de que todos o casi todos los derechos fundamentales reclamen necesariamente la adopción por parte del Estado de medidas protectoras de índole penal (40). Parece, sin embargo, que los derechos que garantizan los artículos 2 y 3 del Convenio deben ser acreedores de las mismas, habida cuenta de su elevado rango, por nadie discutido. Debe notarse, empero, que de la jurisprudencia del Tribunal se infiere que no siempre que estos derechos salen a la palestra la protección penal figura como un elemento imprescindible. Así, el Tribunal no la tiene por un imperativo del Convenio cuando la violación es fruto de una negligencia frente a la que el ordenamiento nacional ofrece otras vías de reparación (41).

(40) Si no me equivoco, esta parece ser la tesis de G. DOMÉNECH PASCUAL: *Los derechos fundamentales a la protección penal*, cit., 350 ss. No obstante, como el autor recalca que su opinión se compagina con el principio de proporcionalidad y no es incompatible con el principio de intervención mínima del Derecho penal ni con el principio democrático, cabe preguntarse por el alcance efectivo de su planteamiento, más allá de patentes desfallecimientos normativos cuya censura, justa y necesaria, quizá no requiera afirmar la mayor. No obstante, es un tema de primer orden y merecedor de razonamientos más sosegados. Por parte de algún miembro del Tribunal de Estrasburgo, aunque en sede doctrinal, se ha señalado ya que el argumento de la protección penal de los derechos no está libre de sombras en la medida en que la invocación al Derecho penal con el propósito de disuadir a los potenciales autores de agresiones contra las personas puede tener efectos institucionales sobre el principio de subsidiariedad de aquel y la noción del castigo penal como *ultima ratio*. Cfr. F. TULKENS: *Le droit à la vie et le champ des obligations des États*, cit., 1616-1617.

(41) Así, la Sentencia *Calvelli y Cogito contra Italia* (2002), relativa al fallecimiento del hijo de los demandantes dos días después de nacer a causa de las complicaciones que se pre-

o cuando no puede considerarse que las muertes se hayan debido al comportamiento intencional de nadie y, de nuevo, existen otras vías de reparación (42).

sentaron durante el parto. El tocólogo y propietario de la clínica privada fue condenado en rebeldía como autor de un delito de homicidio por imprudencia pero, por razones que no vienen al caso, la condena fue anulada y, al final, la jurisdicción penal declaró la prescripción del delito. Los padres habían renunciado al ejercicio de acciones civiles tras llegar a un acuerdo con la aseguradora del médico y de la clínica, pero demandaron al Estado italiano aduciendo que había violado el artículo 2 del Convenio por haber quedado los hechos sin sanción penal. La respuesta del Tribunal figura en § 51: «[a]unque el Convenio no garantiza como tal el derecho a la apertura de diligencias penales contra terceros, el Tribunal ha señalado muchas veces que el sistema judicial eficaz que exige el artículo 2 puede conllevar, y en algunas circunstancias conlleva, un mecanismo de represión penal (...). Sin embargo, aunque la vulneración del derecho a la vida o a la integridad física no sea voluntaria, la obligación positiva que deriva del artículo 2 de establecer un sistema judicial eficaz no exige necesariamente en todos los casos un recurso de naturaleza penal. En el contexto específico de las negligencias médicas, dicha obligación puede cumplirse también, por ejemplo, aunque el sistema jurídico en cuestión ofrece a los interesados un recurso ante los tribunales civiles, sólo o conjuntamente con un recurso ante los tribunales penales, a efectos de establecer la responsabilidad de los médicos en cuestión y, llegado el caso, obtener la aplicación de toda sanción civil adecuada, como el pago de daños y perjuicios y la publicación de la sentencia. También pueden tenerse en cuenta medidas disciplinarias». A mayor abundamiento, si la garantía europea del derecho a la vida no se considera materialmente aplicable, no ha lugar a plantear el tema de la obligatoria existencia de acciones penales; vid., en relación con la pérdida del feto a consecuencia de un error médico, la Sentencia *Vo contra Francia* (2004), §§ 81 ss., condicionada por el criterio del Tribunal renuente a aceptar que el *nasciturus* esté protegido por el artículo 2 del Convenio.

(42) Sentencia *Öneriyildiz contra Turquía* (2004), que versa sobre la muerte de treinta y nueve personas a causa de una explosión de metano acaecida en un vertedero de basuras a cuyos pies se había consolidado un barrio de chabolas. El mismo criterio adopta la Decisión *Sergio Murillo Saldías y otros contra España* (2006), relacionada con el anegamiento por las aguas de un camping en Biescas (Huesca). El asunto se ha saldado en el orden nacional con el sobreesamiento penal y la condena a la Administración, en vía contenciosa, a abonar elevadas sumas a las víctimas de la catástrofe, que ocasionó 87 muertos, muchos más heridos y cuantiosos daños materiales. Los demandantes no estaban conformes con que no hubiera repercusiones penales, y esa era su queja ante Estrasburgo. El Tribunal inadmite la demanda en relación con uno de ellos por entender que, al haber ganado el contencioso de la responsabilidad de la Administración ante la Audiencia Nacional, no podía considerarse víctima de una vulneración del artículo 2 en el sentido del artículo 34 del Convenio pues las autoridades nacionales habían reconocido el daño a la vida de sus familiares y lo habían reparado. En cuanto a los demás demandantes, que no presentaron acciones de responsabilidad patrimonial y se constituyeron como acusación en el proceso penal que fue sobreesido, el Tribunal inadmite la demanda por entender que, suministrando el ordenamiento nacional vías suficientes de recurso, eligieron únicamente la penal que podían haber compaginado con la administrativa de responsabilidad patrimonial; el Tribunal indica que ésta estaba a su disposición con perspectivas razonables de éxito. La Decisión concluye recordando que si el atentado contra la vida no es intencionado, la obligación positiva de poner en marcha un sistema judicial eficaz no exige necesariamente remedios penales y que dicha obligación puede darse por cumplida si las vías civiles, administrativas o incluso disciplinarias están abiertas a los interesados.

Pero si las vulneraciones de los artículos 2 y 3 son consecuencia de comportamientos voluntarios o incluso de omisiones conscientes, los Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a disponer de normas legales que disuadan a los potenciales autores de las aberraciones y que, llegado el caso, faciliten su debido castigo. Obviamente, ello remite al Derecho penal, que en este punto está llamado a cumplir una misión insustituible, tanto en la teoría de las normas como en la práctica de su aplicación cotidiana. Si, como ya nos consta, las quejas relacionadas con la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal deben conducir a la práctica de una investigación depurada, el lógico corolario de la misma, supuesto que acredita que de una forma u otra el Estado ha tenido que ver con los hechos denunciados, es el eficaz castigo penal de los responsables.

En este sentido, la Sentencia *Zeynep Özcan contra Turquía* (2007) considera que la suspensión de la pena privativa de libertad y de separación temporal del servicio impuesta a unos policías autores de torturas y de malos tratos revela una utilización de las disposiciones nacionales con el propósito de evitar las condenas efectivas, contradiciendo así los objetivos de las mismas; esto es, proteger a los individuos e incluir medidas eficaces para sancionar y evitar malos tratos por parte de los agentes públicos (§ 43). En el caso, el Tribunal constata que los funcionarios, a pesar de la gravedad de sus comportamientos ilegales, siguieron en sus puestos sin que nadie les inquietara ni siquiera en el plano disciplinario, deduce que ello implica una inmunidad de hecho y estima que «el sistema penal y disciplinario, tal y como ha sido aplicado en el caso, demuestra estar lejos de ser riguroso y no es capaz de tener una fuerza disuasoria susceptible de asegurar la prevención eficaz de actos ilegales como los denunciados por el demandante. A la vista de las circunstancias particulares del asunto, el Tribunal llega a la conclusión de que el resultado del procedimiento penal litigioso contra los policías no ha restablecido adecuadamente el atentado contra el valor que consagra el artículo 3 del Convenio» (§ 45), motivo por el cual declara infringido el precepto.

No quisiera concluir este apartado sin añadir lo siguiente. Pienso que el castigo penal, en las condiciones mencionadas, no sólo es un componente de la garantía europea de los derechos a la vida y a la integridad personal. Sin duda lo es, pero tiene igualmente una vertiente institucional que no debería desdeñarse. Lo ha puesto de relieve el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en el capítulo sustantivo dedicado a la *lucha contra la impunidad*, incorporado, como se ha dicho antes, a las llamadas *Normas del Comité*:

«La verosimilitud de la prohibición de la tortura y de otras formas de malos tratos queda empañada cada vez que a los agentes públicos responsables de las

infracciones no se les exige responsabilidad por sus actos. Si los indicadores de malos tratos no dan lugar a una respuesta rápida y eficaz, quienes se sienten inclinados a infligir malos tratos a las personas privadas de libertad pueden creer —y con todo fundamento— que pueden actuar con impunidad. Todos los esfuerzos dirigidos a promover los valores ligados a los derechos del hombre por medio de estrictas políticas de reclutamiento y formación profesional serán saboteados. Omitiendo la adopción de medidas eficaces, las personas concernidas —colegas, superiores jerárquicos, autoridades a cargo de la investigación— contribuirán al fin y al cabo a la destrucción de los valores que constituyen los fundamentos mismos de una sociedad democrática.

A la inversa, poniendo a disposición de la justicia a los agentes públicos que ordenan, autorizan, toleran o perpetran actos de tortura y de malos tratos por acción u omisión, se envía un mensaje desprovisto de ambigüedad según el cual tales comportamientos no son tolerados. Más allá de su valor disuasorio, un mensaje semejante indicará a la opinión pública que nadie está por encima de las leyes, tampoco quienes están encargados de hacerlas respetar. Saber que los responsables de malos tratos serán puestos a disposición de la justicia tendrá igualmente un efecto positivo sobre las víctimas».

En buena medida, el Tribunal comparte dicho planteamiento. En la Sentencia *Ihsan Bilgin contra Turquía* (2006) destaca la necesidad de que funcionen correctamente los mecanismos internos de sanción (básicamente los judiciales), por ser ello indispensable para conservar la confianza del público, asegurar su adhesión al Estado de Derecho y prevenir cualquier conjetura de tolerancia frente a actos ilegales o de colusión con la comisión de los mismos (§ 59). Más o menos lo mismo dice la Sentencia *Zeynep Özcan contra Turquía* (2007), que considera esencial, para disipar apariencias de complicidad o tolerancia pública con los actos ilegales, que los jueces hagan todo lo que esté a su alcance frente a los mismos (§ 41). Hablamos, así, de algo más que de un derecho del individuo a la protección penal; hablamos también de unas obligaciones del Estado cuya observancia repercute sobre la legitimidad social de sus órganos e instituciones.

IV. EL DEBER ESTATAL DE PROTEGER LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS PERSONAS FRENTE A LAS CONDUCTAS DE TERCEROS. EFICACIA HORIZONTAL DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL CONVENIO

Los derechos a la vida y a la integridad personal pueden ser vulnerados por particulares. Esto es una evidencia que no requiere explicaciones adicionales al ser claro que hay individuos ajenos al aparato público que, por su propia cuenta, matan, torturan o maltratan a otros individuos. Lo que exige

quizá un comentario sucinto es que comportamientos *a priori* estrictamente privados desemboquen en la declaración de responsabilidad internacional de los Estados partes del Convenio, como de hecho sucede.

El tema planteado nos sitúa en el terreno de la llamada *eficacia horizontal* del Convenio que, desde luego, no es un endemismo de sus artículos 2 y 3 (43). En síntesis, y centrándonos en nuestro tema, dicho efecto horizontal presupone que, aun cuando la violación del derecho a la vida o del derecho a la integridad personal sea imputable directa e inmediatamente a sujetos privados, el Estado es responsable si se puede acreditar un desfallecimiento en el cumplimiento de las obligaciones positivas que derivan de aquellos preceptos. Puesto que la competencia *ratione personae* del Tribunal exige que la parte demandada sea siempre un Estado parte del Convenio, es evidente que la eficacia horizontal de éste no tolera demandas interindividuales y que es imprescindible poder reprochar a uno de aquellos la vulneración de los compromisos que le conciernen conforme al Tratado, aunque el autor material de la violación primera haya sido un particular. ¿Y qué puede reprocharse al Estado cuando es un particular el autor de las agresiones a los derechos a la vida y a la integridad personal? Sencillamente, que no haya protegido debidamente a la víctima de las mismas.

La jurisprudencia relativa al deber estatal de proteger la vida y la integridad de las personas muestra que el asunto puede incluso plantearse cuando el propio individuo que está bajo la custodia de los poderes públicos atenta contra los bienes jurídicos de los que es titular. Pero como este es un tema marginal a nuestros efectos, ciñámonos al que gira en torno a los comportamientos criminales de terceros susceptibles de engendrar la responsabilidad de los Estados a causa del incumplimiento por éstos de sus obligaciones positivas de protección.

La casuística que depara la jurisprudencia de Estrasburgo respecto a la *eficacia horizontal* de los artículos 2 y 3 del Convenio es reveladora de las posibilidades de control europeo que el Tribunal ha ido conformando. La doctrina, siempre atenta, se ha centrado básicamente en la *eficacia horizontal* del artículo 2 y es verdad que ha sido alrededor de dicho precepto que se

(43) Cfr. J. A. CARRILLO SALCEDO: *El Convenio Europeo*, cit., 101; F. SUDRE: *La Convention européenne*, cit., 33-34. Para más detalles, F. SUDRE *et al.*: *Les grands arrêts*, cit., 26 ss. (tomando como punto de partida el conocido asunto *López Ostra contra España*); A. HEYMANN-DOAT: «Le respect des droits de l'homme dans les relations privées», en C. TEITGEN-COLLY (Ed.): *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2002, 219 ss.; D. SPIELMANN: «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. SUDRE (Dir.): *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, 151 ss.

ha forjado la doctrina jurisprudencial más llamativa o impactante (44). Pero también el artículo 3 ha deparado ocasión al Tribunal de pronunciarse. Así, por ejemplo, las Sentencias *A. contra Reino Unido* (1998) y *Z. contra Reino Unido* (2001) reprochan a las autoridades que no reaccionaran adecuadamente cuando podían y debían haberlo hecho en sendos casos de malos tratos infligidos a menores en el ámbito doméstico, declarando por aquel motivo la vulneración del artículo 3 del Convenio (45). En cambio, la Sentencia *D. P. y J. C. contra Reino Unido* (2002) llega a la conclusión opuesta. Parte de la misma premisa fundamental —la obligación positiva de las autoridades de proteger a los menores frente a los abusos sexuales, en el caso padecidos regularmente en el entorno familiar durante años— y enfoca el asunto desde la perspectiva del artículo 3, con el asentimiento, por cierto, del gobierno demandado. Pero como no considera que los poderes públicos fueran conscientes de tales hechos, no los tiene por responsables de violar el deber positivo de protección de que emana de aquel precepto. En cualquier caso, la idea básica subsiste por encima de los pormenores del asunto.

En relación con el artículo 2, es significativa la Sentencia *Yasa contra Turquía* (1998); aunque centrada en las deficiencias de la investigación oficial abierta tras los hechos, señala que es indiferente, a los efectos del precepto, que aquellos sean imputables o no a agentes públicos (§ 100). La referencia es escueta, pero indica que dicho precepto puede ser violado por los Estados partes aunque las conductas materialmente agresoras provengan de particulares.

(44) Referencias en D. KORFF: *The right to life. A guide to the implementation of article 2 of the European Convention of Human Rights*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2006, 66 ss.; C. OVEY y R. WHITE: *The European Convention*, cit., 62 ss.; F. GÖLCÜKLÜ: «Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruselas, Bruylant, 1998, 422 ss.; F. SUDRE *et al.*: *Les grands arrêts*, cit., 94-96; L. SERMET: *Le droit à la vie*, cit., 991-992; C. RUSSO y A. BLASSI: «Art. 2. Diritto alla vita», en S. BARTOLE, B. CONFORTI y G. RAIMONDI: *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milán, Cedam, 2001, 41-42; G. GUILLAUME: «Article 2», en L. PETTITI, E. DECAUX y P. IMBERT (Dir.): *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit., 149-150; J.-L. CHARRIER: *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, París, Litec, 2005 (3.ª ed.), 24-25; J. G. MERRILLS y A. H. ROBERTSON: *Human rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights*, Juris Publishing, Manchester University Press, 2001 (4.ª ed.), 30-31; C. DÍAZ BARRADO y M.ª B. OLMOS GIUPPONE: «Algunas consideraciones sobre el contenido del derecho a la vida en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 2, 2003, 53.

(45) Véanse los comentarios de L. MARTÍN-RETORTILLO: «Castigo razonable o malos tratos?», cit., a propósito de la Sentencia *A. contra Reino Unido*, y de M. SALANOVA VILLANUEVA: «¿Derecho del menor a ser separado de sus padres? Nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 mayo 2001, caso Z y otros v. Reino Unido», *Aranzadi Civil* n.º 14, 2001, 13 ss.

Si en el asunto *Yasa* la cuestión principal versaba, como he dicho, sobre aspectos *procedimentales*, la fundamental e inmediatamente posterior Sentencia *Osman contra Reino Unido* (1998), de la Gran Sala, afronta directamente el tema de las obligaciones positivas de protección. El Tribunal considera, por 17 votos contra 3, que las autoridades británicas no faltaron a las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 2 del Convenio por no haber adoptado las medidas tendentes a evitar el asesinato de Ali Osman; entiende que no constaba que su vida estuviera amenazada por quien en efecto le privó de ella, un profesor de su hijo que parecía especialmente interesado por éste, al que también hirió (46). Pero al margen del sentido del fallo, el Tribunal establece una doctrina del máximo interés, cuya aplicación a otros supuestos habrá de permitirle llegar con posterioridad a conclusiones diferentes. Es la siguiente:

«§ 115. Nadie discute que la obligación del Estado desde este punto de vista va más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida disponiendo de una legislación penal que disuada de cometer atentados contra las personas y apoyada por un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las infracciones. También los comparecientes aceptan que el artículo 2 de la Convención puede, en ciertas circunstancias bien definidas, hacer recaer sobre las autoridades la obligación positiva de adoptar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por los comportamientos criminales de un tercero. Las partes no están de acuerdo sobre la extensión de esta obligación.

§ 116. A juicio del Tribunal, y sin perder de vista las dificultades con que se encuentra la policía en el ejercicio de sus funciones en las sociedades contemporáneas, ni la imprevisibilidad del comportamiento humano ni las elecciones operativas que son necesarias en términos de prioridades y recursos, hay que interpretar esta obligación de forma que no imponga a las autoridades un peso insostenible o excesivo. Así, toda amenaza presunta contra la vida no obliga a las autoridades, desde la perspectiva del Convenio, a adoptar medidas concre-

(46) El minucioso relato de los hechos sugiere que, cuando menos, podían existir dudas fundadas acerca de la salud mental del profesor, que incluso llegó a cambiar su nombre (Paul Paget-Lewis) por el de Paul Ahmet Yiddrim Osman, siendo Ahmet Osman el del adolescente. Consta incluso un informe médico en el que se afirma que las inquietudes suscitadas por el profesor «están efectivamente justificadas. No está enfermo en el sentido propio del término y no parece presentar una desviación sexual, pero tiene problemas de personalidad y su forma de entender su amistad con un alumno es sospechosa y reprensible». El citado negó tener ninguna relación con los actos de vandalismo perpetrados contra los bienes de la familia Osman y con otros incidentes de los muchos que jalonaron el caso, pero cuando fue detenido después de los hechos (hirió también al director adjunto del colegio y mató al hijo de éste) declaró: «¿por qué no me han arrestado ustedes antes de que pasara a la acción? Les he dado todos los signos premonitorios necesarios». Fue internado por tiempo ilimitado en un establecimiento psiquiátrico de seguridad en aplicación de la legislación sobre salud mental.

tas para prevenir su materialización. Otra consideración pertinente es la necesidad asegurar que la policía ejerce sus poderes de prevención y represión de la criminalidad, con pleno respeto de las disposiciones legales y de las demás garantías que limitan legítimamente la extensión de sus actos de investigación y de puesta de los delincuentes a disposición de la justicia, incluidas las que figuran en los artículos 5 y 8 del Convenio.

El Tribunal estima que, frente a la alegación de que las autoridades han incumplido la obligación positiva de proteger el derecho a la vida (...), ha de llegarse al convencimiento de que dichas autoridades sabían o tendrían que haber sabido que la vida de uno o más individuos estaba amenazada de forma real e inmediata por actos criminales de un tercero, y que no adoptaron, en el marco de sus poderes, las medidas que, desde un punto de vista razonable, habrían sin duda paliado ese riesgo (...). Para el Tribunal, y habida cuenta de la naturaleza del derecho protegido por este artículo, esencial en la economía del Convenio, es suficiente con que el demandante muestre que las autoridades no han hecho todo lo que cabía razonablemente esperar de ellas para evitar la materialización de un riesgo cierto e inmediato para la vida, del que tenían conocimiento o debían haberlo tenido. Se trata de una cuestión cuya respuesta depende del conjunto de circunstancias del caso».

Tras un análisis detenido de las que concurrían en la especie, el Tribunal considera que, teniendo en cuenta que la policía debe desarrollar sus funciones de forma compatible con los derechos y libertades de los individuos, no se le podía reprochar que hubiera hecho prevalecer la presunción de inocencia o que no hubiera utilizado sus poderes de investigación y detención, ya que fue razonable que pensara que el grado de sospecha alcanzado no justificaba su empleo. Por lo tanto, declara que el artículo 2 del Convenio no había sido vulnerado.

El valor de la Sentencia *Osman* estriba en que establece un criterio, una guía, un marco teórico de referencia. Quizá se puede discrepar de la solución asignada al caso y considerar que había razones para creer que Paul Paget-Lewis constituía una amenaza real para la familia Osman (47), pero no cabe negar que abre un camino en la medida en que desarrolla una idea. Que ésta llegara a utilizarse para afirmar la violación del Convenio por la insuficiente protección de una persona amenazada por terceros dependía únicamente de que se dieran las circunstancias adecuadas; esto es, no hacía

(47) El juez De Meyer, a cuyo criterio se adhieren los jueces López Rocha y Casadevall, expresa un convencimiento muy distinto a propósito de la vulneración del artículo 2, respecto de la que no alberga ninguna duda. Sostiene que las autoridades hubieran debido detener a Paget-Lewis y recuerda que éste mismo preguntó a los policías por qué no le habían detenido antes puesto que les había suministrado los suficientes signos premonitorios. Tenía razón, dice el juez De Meyer, y añade que, por no hacer lo que tenían que haber hecho, las autoridades vulneraron la garantía europea del derecho a la vida.

falta refinarla teóricamente, bastaba con aplicarla a unos hechos que, por sus características, propiciaran una conclusión distinta a la de la Sentencia *Osman*.

Eso acontece en la destacada Sentencia *Mahmut Kaya contra Turquía* (2000), ya aludida. Afirma la vulneración del artículo 2 del Convenio porque las autoridades no habían adoptado medidas tendentes a proteger la vida del doctor Hasan Kaya, que podía considerarse amenazada por haber atendido y curado a varios militantes del Partido de los Trabajadores del Kurdistan heridos tras un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad. El Tribunal, como antes la Comisión, no considera probado más allá de toda duda razonable que la muerte del doctor Kaya fuera imputable a agentes del Estado, pero está convencido de que las autoridades turcas debían ser conscientes del riesgo que corría su vida y de que «sabían o debían haber sabido que dicho riesgo provenía probablemente de las actividades de personas o de grupos que actuaban con el conocimiento o el consentimiento de los agentes del orden» (48). El Tribunal señala que «las autoridades habrían podido recurrir a un amplio abanico de medidas preventivas a su alcance, concernientes a las actividades de las fuerzas del orden a su servicio y de los grupos que presuntamente actuaban bajo su protección o con su conocimiento». Al no haberlo hecho, «[e]l Tribunal concluye que, en las circunstancias del caso, las autoridades no tomaron las medidas que razonablemente podían haber adoptado para prevenir la materialización de un riesgo cierto e inminente para la vida de Hasan Kaya» (§§ 100-101).

De igual modo, la posterior Sentencia *Paul y Audrey Edwards contra Reino Unido* (2002) aplica los principios decantados en el asunto *Osman* para llegar a la conclusión opuesta a la de ésta, aunque es digno de consideración

(48) § 91. El Tribunal recuerda que el informe de una comisión parlamentaria de investigación elaborado en 1993 sobre las ejecuciones extrajudiciales y los asesinatos perpetrados por desconocidos mencionaba 908 muertes no aclaradas, que ciertos grupos con vínculos con el Estado podían estar implicados en ellas y que se consideraba que las fuerzas del orden podían estar adiestrando a miembros de Hezbollah. Recuerda igualmente que en el llamado *Informe de Susurluk*, hecho público parcialmente en 1998 y elaborado a raíz del accidente que sufrió en dicha localidad un vehículo ocupado por un parlamentario, el antiguo director adjunto de la seguridad de Estambul, un notorio extremista de derecha, un traficante de droga buscado por la Interpol y la amiga de éste, se advertía al primer ministro de que las autoridades locales estaban al corriente de los asesinatos de personas sospechosas de pertenecer al Partido de los Trabajadores del Kurdistan. El Tribunal entiende que dichos documentos corroboran las alegaciones, siempre negadas por el gobierno turco, de que grupos de contra-guerrilleros, entre ellos *arrepentidos*, o de terroristas tenían puesto el punto de mira en individuos de los que se presumía que podían actuar contra los intereses del Estado, ello con el asentimiento o la colaboración de agentes de las fuerzas del orden.

que en este caso tanto la víctima como el agresor estuvieran bajo el control inmediato del Estado (49).

En resumen, la no adopción de medidas preventivas concretas de orden práctico o ejecutivo con la finalidad de proteger a la persona cuya vida está amenazada por las conductas criminales de un tercero genera la responsabilidad internacional del Estado. Ahora bien, ¿existe algún límite impeditivo del nacimiento de las obligaciones estatales de protección de las personas frente a los comportamientos agresivos de otros? La respuesta es afirmativa y gira en torno a la noción de *previsibilidad* de las agresiones.

La Sentencia *Mastromatteo contra Italia* (2002) enuncia bien la idea básica. El Tribunal rehúsa declarar la violación del artículo 2 a raíz del asesinato de un ciudadano a manos de un preso que disfrutaba de un permiso de salida y que, tras asaltar un banco, pretendió apoderarse del vehículo que conducía la víctima, a la que disparó a quemarropa. Otro de los que le acompañaban disfrutaba de régimen abierto, y ambos habían sido condenados a severas penas por la comisión de delitos con violencia. El Tribunal analiza el asunto desde la perspectiva del artículo 2 del Convenio y no encuentra razones para comprometer la responsabilidad internacional del Estado pues, según los datos que obran en su poder, «nada podía hacer temer a las autoridades internas que la salida de M. R. o de G. M. pudiera representar un riesgo real o inmediato para la vida, y menos aún que ello pudiera desembocar en la trágica muerte de A. Mastromatteo como resultado de una serie de circunstancias fortuitas producidas en este caso (...) [n]ingún dato demuestra que las autoridades competentes hubieran debido prever razonablemente que los dos individuos en cuestión iban a ponerse de acuerdo con el fin de cometer un delito que se saldaría con la muerte de otro» (§ 76). Es decir, la completa imprevisibilidad de los hechos descarga al Estado de su responsabilidad a la luz del artículo 2 del Convenio y de la eficacia horizontal del

(49) Christopher Edwards fue asesinado por su compañero de celda, Richard Linford, un peligroso delincuente aquejado de una enfermedad mental. Los demandantes solicitaban que se declarara que el gobierno británico había incumplido las obligaciones positivas que derivan del artículo 2 del Convenio y el Tribunal lo afirmó por unanimidad. Tras recordar las líneas maestras de la Sentencia *Osman*, indica que las autoridades tenían a su disposición información suficiente acerca de la peligrosidad y de la enfermedad mental de Linford, elementos que atestiguaban que presentaba un riesgo real y serio para otros; en el caso, para Christopher Edwards, después de que aquel fuera introducido en la celda que éste ocupaba. Señala que ni los médicos, ni la policía, ni los jueces que estaban al tanto de las características de Linford dieron traslado de la información pertinente a las autoridades penitenciarias y que al sujeto se le practicó un examen médico superficial cuando ingresó en prisión; las autoridades, en consecuencia, «habrían debido comenzar por no colocar a Richard Linford en la misma celda que Christopher Edwards», de ahí que se constata que el Estado demandado ha faltado a su obligación de proteger la vida de la víctima, derivada del artículo 2 del Convenio (§ 64).

precepto relacionada con las obligaciones positivas que para los Estados parte derivan del mismo.

En el asunto *Antonio Pérez Ortín contra España* (2003), el Tribunal declara, sin más, que la demanda es inadmisibile. El actor alegaba que el Estado español había vulnerado los artículos 2 y 8 del Convenio por haber incumplido el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad física de las personas que dependen de su jurisdicción. Dicho incumplimiento derivaría, a su juicio, de una negligencia cometida por la policía, que no había impedido que un enajenado disparara sobre varias personas, entre ellas él mismo, que quedó parapléjico a resultas de la agresión (50).

En el orden interno, Pérez Ortín había solicitado una indemnización por responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración aduciendo que el mal funcionamiento de los servicios policiales fue la causa de las lesiones que había sufrido. Su pretensión se saldó con el fracaso, lo que en su criterio constituía una conculcación de su derecho a la integridad física «al haber sido desatendida injustamente una demanda de reparación de aquella integridad, lesionada gravísimamente por una dejación del servicio público de vigilancia policial». En su momento, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo interpuesto contra los fallos judiciales desestimatorios de la pretensión indemnizatoria por carecer la demanda de fundamento.

Eso mismo sostiene el Tribunal europeo en la decisión de 9 de septiembre de 2003. ¿Y qué podía solicitar el señor Pérez Ortín a la jurisdicción de Estrasburgo en un caso como éste? Obviamente, no que condenara al Estado

(50) Según leemos en el relato fáctico de la Decisión del Tribunal, «el 23 de diciembre, hacia las 17 horas, el señor M.S., sin antecedentes penales, que sufría una grave alteración de la personalidad de tipo esquizoparanoico, se presentó en la casa familiar y comenzó a gritar y a tirar objetos por la ventana. A solicitud de los padres, dos agentes de la Guardia Civil se personaron en el lugar con el fin de serenarlo. Por otro lado, dos policías municipales llegaron por un problema de estacionamiento del vehículo del señor M. S. Una vez resuelto este problema de estacionamiento, los dos agentes municipales abandonaron el lugar. Después de haber sido convencido por los dos agentes de la Guardia Civil, el señor M. S. aceptó acompañarles. Sin embargo, pocos instantes después se echó atrás en su decisión y se encerró en su habitación. Uno de los guardias civiles se marchó a un centro hospitalario con el fin de solicitar ayuda de un especialista. El otro guardia civil se quedó delante de la casa con el padre del señor M. S. De repente, éste último abrió la puerta y, con un bastón, pegó a su padre, y posteriormente al guardia civil, que cayó al suelo, aprovechando el agresor esta situación para robarle su pistola y dispararle varias veces en la cabeza. Poco después, en la calle, disparó a varias personas, matando a una de ellas e hiriendo a las otras. Uno de los disparos lo recibió el demandante, que se encontraba en el interior de su vehículo en compañía de sus padres. El señor M. S. se apoderó de una camioneta y atravesó la ciudad hasta que tuvo que parar, tras haber chocado, momento en el que fue inmovilizado por otro guardia civil».

español al abono de una indemnización por el defectuoso funcionamiento de sus servicios de policía, pero sí que afirmara que había incumplido la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas. La respuesta del Tribunal es coherente con su jurisprudencia. Indica que de ningún dato del sumario se infiere que el autor de los disparos constituyera una amenaza real e inmediata para otros; tiene por cierto que había sido internado en varias ocasiones, pero hace notar que su expediente penal estaba limpio y que nunca había sido denunciado por actos violentos. Dicho lo cual, añadirá que

«como ya fue señalado por los tribunales internos, nada podía hacer temer a los agentes de la Guardia Civil que el comportamiento del señor M. S. podía presentar un riesgo cierto e inmediato para la vida de otros individuos, y menos todavía, que pudiera causar la muerte a una persona y graves heridas, entre otras, al demandante y al guardia civil. Además, una vez en el lugar, los agentes de la Guardia Civil, tras haber discutido con el señor M. S. y frente a su obstinación de quedarse encerrado, optaron por vigilar la casa y, el mismo tiempo, ir a buscar a un médico especializado. En vista del comportamiento hasta ese momento del señor M. S. y los datos que los agentes de la Guardia Civil disponían, el Tribunal considera que éstos últimos adoptaron las medidas que razonablemente se podía esperar de ellos son que se les pueda reprochar una falta de diligencia. En efecto, no había nada que hiciera pensar que era necesario adoptar medidas complementarias. En definitiva, al igual que los tribunales internos, el Tribunal señala que no se ha probado que el comportamiento de los agentes de la Guardia Civil diera lugar a incumplimiento por parte de las autoridades nacionales de la obligación de proteger el derecho a la vida del demandante. En vista de lo que antecede, la demanda debe ser rechazada por carecer manifiestamente de fundamento».

En conclusión, para poder hablar de los deberes estatales de protección frente a la conducta amenazante de terceros, ésta debe tener indiscutible visibilidad, ser prácticamente diáfano que la misma existe y es cierta. No puede pedirse al Estado que aplique medidas de protección, distrayendo los recursos de otros fines, si no media una razonable certidumbre acerca de la necesidad de hacerlo; tampoco que someta a control o vigilancia a quien no ha cometido ningún hecho delictivo y sobre quien pesan únicamente sospechas vagas o meras suposiciones. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que no debe imponerse a las autoridades una carga insoportable o excesiva. Según el resumen de la Sentencia *Gongadze contra Ucrania* (2005), § 165:

«[b]earing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the

authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk».

Con todo, el asunto es difícil porque muchas veces se darán cita el riesgo de no llegar y el riesgo de excederse, el riesgo de acertar y el de equivocarse, que podrán incluso presentarse a partes prácticamente iguales. Salvando los casos claros, la decisión de intervenir puede producir efectos benéficos o perniciosos y la contraria también, en esa tesitura, ¿qué es mejor?, ¿proteger a víctimas potenciales a costa de dilapidar los recursos y, sobre todo, de provocar una ingerencia en los derechos de quien se teme que va a agredir a aquellas aunque luego el temor se revele injustificado o no hacer nada y lamentar más tarde la consumación de la amenaza? Es, sin duda, un grave dilema. El Derecho internacional de los derechos humanos no es la sede apropiada para resolverlo, y quizá tampoco el Derecho sin más esté en condiciones de hacerlo. Sea como fuere, quede constancia de esta *apertura* hecha por el Tribunal de Estrasburgo en relación con los artículos 2 y 3 del Convenio que, como tantas otras, era seguramente impensable no ya cuando el Tratado se elaboró sino incluso algunas décadas más tarde.

V. SENTENCIAS Y DECISIONES CITADAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- (1978) *Irlanda contra Reino Unido*. Demanda número 5310/1971. Sentencia de 18 de enero de 1978.
- (1979) *Marckx contra Bélgica*. Demanda número 6833/1974. Sentencia de 13 de junio de 1979.
- (1979) *Airey contra Irlanda*. Demanda número 6289/1973. Sentencia de 9 de octubre de 1979.
- (1985) *X e y contra Holanda*. Demanda número 8978/1980. Sentencia de 26 de marzo de 1985.
- (1995) *McCann y otros contra Reino Unido*. Demanda número 18984/1991. Sentencia de 27 de septiembre de 1995.
- (1996) *Aksoy contra Turquía*. Demanda número 21987/1993. Sentencia de 18 de diciembre de 1996.

- (1998) *Kaya contra Turquía*. Demanda número 158/1996. Sentencia de 19 de febrero de 1998.
- (1998) *Selçuk y Asker contra Turquía*. Demandas números 23184/1994 y 23185/1994. Sentencia de 24 de abril de 1998.
- (1998) *Kurt contra Turquía*. Demanda número 24276/1994. Sentencia de 25 de mayo de 1998.
- (1998) *Ergi contra Turquía*. Demanda número 66/1997. Sentencia de 28 de julio de 1998.
- (1998) *Yasa contra Turquía*. Demanda número 63/1997. Sentencia de 2 de septiembre de 1998.
- (1998) *A. contra Reino Unido*. Demanda número 25599/1994. Sentencia de 23 de septiembre de 1998.
- (1998) *Osman contra Reino Unido*. Demanda número 87/1997. Sentencia de 28 de octubre de 1998.
- (1999) *Ogur contra Turquía*. Demanda número 21594/1993. Sentencia de 20 de mayo de 1999.
- (1999) *Çakici contra Turquía*. Demanda número 23657/1994. Sentencia de 8 de julio de 1999.
- (1999) *Tanrikulu contra Turquía*. Demanda número 23763/1994. Sentencia de 8 de
- (2000) *Mahmut Kaya contra Turquía*. Demanda número 22535/1993. Sentencia de 28 de marzo de 2000.
- (2000) *Velikova contra Bulgaria*. Demanda número 41488/1998. Sentencia de 18 de mayo de 2000.
- (2000) *Timurtas contra Turquía*. Demanda número 23531/1994. Sentencia de 13 de junio de 2000.
- (2000) *Behiye Salman contra Turquía*. Demanda número 21986/1993. Sentencia de 27 de junio de 2000.
- (2000) *Ilhan contra Turquía*. Demanda número 22277/1993. Sentencia de 27 de junio de 2000.
- (2001) *McKerr contra Reino Unido*. Demanda número 28883/1995. Sentencia de 4 de mayo de 2001.
- (2001) *Kelly y otros contra Reino Unido*. Demanda número 30054/1996. Sentencia de 4 de mayo de 2001.

- (2001) *Shanaghan contra Reino Unido*. Demanda número 37715/1997. Sentencia de 4 de mayo de 2001.
- (2002) *Calvelli y Coglio contra Italia*. Demanda número 32967/1996. Sentencia de 17 de enero de 2002.
- (2002) *Paul y Audrey Edwards contra Reino Unido*. Demanda número 46477/1999. Sentencia de 14 de marzo de 2002.
- (2002) *Angelova contra Bulgaria*. Demanda número 38361/1997. Sentencia de 13 de junio de 2002.
- (2002) *D. P. y J. C. contra Reino Unido*. Demanda número 38719/1997. Sentencia de 10 de octubre de 2002.
- (2002) *Mastromatteo contra Italia*. Demanda número 37703/1997. Sentencia de 24 de octubre de 2002.
- (2003) *Finucane contra Reino Unido*. Demanda número 29178/1995. Sentencia de 1 de julio de 2003.
- (2003) *Antonio Pérez Ortín contra España*. Demanda número 33229/2002. Decisión de inadmisibilidad de 9 de septiembre de 2003.
- (2003) *M. C. contra Bulgaria*. Demanda número 39272/1998. Sentencia de 4 de diciembre de 2003.
- (2004) *Vo contra Francia*. Demanda número 53924/2000. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- (2004) *K. contra Turquía*. Demanda número 29298/1995. Sentencia de 13 de julio de 2004.
- (2004) *Slimani contra Francia*. Demanda número 57671/2000. Sentencia de 27 de octubre de 2004.
- (2004) *Martínez Sala y otros contra España*. Demanda número 58438/2000. Sentencia de 2 de noviembre de 2004.
- (2004) *Öneryildiz contra Turquía*. Demanda número 48939/1999. Sentencia de 30 de noviembre de 2004.
- (2004) *Makaratzis contra Grecia*. Demanda número 50385/1999. Sentencia de 20 de diciembre de 2004.
- (2005) *Khachiev contra Rusia*. Demandas números 57942/2000 y 57945/2000. Sentencia de 24 de febrero de 2005.
- (2005) *Issaieva contra Rusia*. Demanda número 57950/2000. Sentencia de 24 de febrero de 2005.

- (2005) *Natchova y otros contra Bulgaria*. Demandas números 43577/1998 y 43579/1998. Sentencia de 6 de julio de 2005.
- (2005) *Fatma Kaçar contra Turquía*. Demanda número 35838/1997. Sentencia de 15 de julio de 2005.
- (2005) *Tanis y otros contra Turquía*. Demanda número 65899/2001. Sentencia de 2 de agosto de 2005.
- (2005) *Hamiyet Kaplan y otros contra Turquía*. Demanda número 36749/1997. Sentencia de 13 de septiembre de 2005.
- (2005) *Siddik Aslan y otros contra Turquía*. Demanda número 75307/2001. Sentencia de 18 de octubre de 2005.
- (2005) *Gongadze contra Ucrania*. Demanda número 34056/2002. Sentencia de 8 de noviembre de 2005.
- (2006) *Scavuzzo-Hager y otros contra Suiza*. Demanda número 41773/1998. Sentencia de 7 de febrero de 2006.
- (2006) *Perk y otros contra Turquía*. Demanda número 50739/1999. Sentencia de 28 de marzo de 2006.
- (2006) *Corsacov contra Moldavia*. Demanda número 18944/2002. Sentencia de 4 de abril de 2006.
- (2006) *Pereira Henriques contra Luxemburgo*. Demanda número 60255/2000. Sentencia de 9 de mayo de 2006.
- (2006) *Tais contra Francia*. Demanda número 39922/2003. Sentencia de 1 de junio de 2006.
- (2006) *Ihsan Bilgin contra Turquía*. Demanda número 40073/1998. Sentencia de 27 de julio de 2006.
- (2006) *Bazorkina contra Rusia*. Demanda número 69481/2001. Sentencia de 27 de julio de 2006.
- (2006) *Danelia contra Georgia*. Demanda número 68622/2001. Sentencia de 17 de octubre de 2006.
- (2006) *Luluyev y otros contra Rusia*. Demanda número 69480/2001. Sentencia de 9 de noviembre de 2006.
- (2006) *Imayakeva contra Rusia*. Demanda número 7615/2002. Sentencia de 9 de noviembre de 2006.
- (2006) *Sergio Murillo Saldías y otros contra España*. Demanda número 76973/2001. Decisión de inadmisibilidad de 28 de noviembre de 2006.

- (2007) *Mammadov (Jalaloglu) contra Azerbaiyán*. Demanda número 34445/2004. Sentencia de 11 de enero de 2007.
- (2007) *Veli Tosun contra Turquía*. Demanda número 62312/2000. Sentencia de 16 de enero de 2007.
- (2007) *Pruneau contra Moldavia*. Demanda número 6888/2003. Sentencia de 16 de enero de 2007.
- (2007) *Chitayev y Chitayev contra Rusia*. Demanda número 59334/2000. Sentencia de 18 de enero de 2007.
- (2007) *Zeynep Özcan contra Turquía*. Demanda número 45906/1999. Sentencia de 20 de febrero de 2007.